

POLIZEILICHE ZWANGSMASSNAHMEN

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
OTHMAR STRASSER
von Benken ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. W. Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0052

POLIZEILICHE ZWANGSMASSNAHMEN

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
OTHMAR STRASSER
von Benken ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. W. Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation , ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 26 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, W. Kägi, G. Müller, H. Nef, D. Schindler und F. Zuppinger

Meiner Mutter

und zum Andenken an meinen Vater



An dieser Stelle möchte ich all jenen herzlich danken, die zum Gelingen meiner Dissertation beigetragen haben.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Walter Haller, der dieses Thema angeregt und den Werdegang dieser Arbeit in entgegenkommender Weise gefördert hat.

In den Dank eingeschlossen sind die Polizeikommandanten der Kantone Zürich, Bern, Basel-Stadt, St. Gallen, Thurgau, Waadt und Wallis, die mir bei der Beschaffung der notwendigen Unterlagen sehr behilflich waren. Dank gebührt auch meinem Studienkollegen lic.iur. Hans Maurer für die Durchsicht des Manuskripts.

Benken, im Dezember 1980

O.S.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XVIII
Verzeichnis der benützten Rechtsquellen	XXVIII
§ 1 Einleitung	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Zum Aufbau und zum Vorgehen	2
1. Teil Grundlagen	4
§ 2 Begriff und Rechtsnatur der polizeilichen Zwangs- massnahmen	4
I. Begriff	4
II. Rechtsnatur	4
§ 3 Einschränkung des Themas	6
I. Vorbemerkung	6
II. Beschränkung auf die Zwangsmassnahmen zum Zwecke der Gefahrenabwehr und Störungsbesei- tigung	6
III. Ausschluss der spezialgesetzlich geregelten Zwangsbefugnisse der Polizei	7
IV. Die beschränkte Auswahl der berücksichtigten Rechtsquellen	7
A. Bund	7
B. Kantone	8
C. Gemeinden	8
V. Weitere Einschränkungen	9
A. Das Problem des Datenschutzes	9
B. Das Problem der Anwendung unmittelbaren Zwangs	9

§ 4 Die durch die polizeilichen Zwangsmassnahmen tangierten Grundrechte	10
I. Die persönliche Freiheit	10
A. Verfassungsrechtliche Grundlage	10
B. Inhalt der persönlichen Freiheit	12
1. Das Recht auf Leben und der Schutz der persönlichen Integrität und Bewegungsfreiheit	12
a) Das Recht auf Leben und persönliche Integrität	12
b) Der Schutz der Bewegungsfreiheit	13
c) Die Bedeutung der EMRK	13
2. Der Schutz der Entscheidungs- und Willensfreiheit sowie aller elementarer Erscheinungen der menschlichen Persönlichkeit	15
a) Im allgemeinen	15
b) Der Schutz der persönlichen Privat- und Geheimsphäre im besonderen	17
aa) Der Begriff der persönlichen Privat- und Geheimsphäre	17
bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung	18
aaa) Zum Schutze der Geheimsphäre	18
bbb) Zum Schutze der Privatsphäre	21
c) Das Recht auf Privat- und Geheimsphäre als selbständiges Verfassungsrecht?	23
C. Die Voraussetzungen für die Beschränkung der persönlichen Freiheit	23
1. Allgemeines	23
2. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	24
3. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses	27
4. Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit	28
5. Die Wesensgehaltsgarantie	29

II.	Das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung	31
	A. Die verfassungsrechtliche Grundlage	31
	B. Inhalt des Hausrechts	32
	C. Schranken des Hausrechts	34
III.	Die Eigentumsgarantie	35
	A. Verfassungsrechtliche Grundlage und Inhalt	35
	B. Schranken der Eigentumsfreiheit	35
2. Teil	Die einzelnen Zwangsmassnahmen	36
§ 5	Die Personenfeststellung	36
I.	Begriff	36
	A. Die Personenfeststellung im allgemeinen	36
	B. Die Razzia im besonderen	36
II.	Wesen und Eigenart der Personenfeststellung	38
	A. Das Anhalten und das Abklären der Identität	38
	B. Das Mitnehmen auf den Polizeiposten	39
	C. Weitere Massnahmen	39
	1. Weitere Massnahmen zum Zwecke der Identitätsfeststellung	39
	2. Weitere Massnahmen mit einem über die Identifizierung hinausgehenden Zweck	39
	D. Die rechtliche Problematik der Identitätsfeststellung, insbesondere der Razzia	40
III.	Die systematische Einordnung der Identitätsfeststellung	41
IV.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	43
	A. Ueberblick	43
	B. Erläuterungen	43
	1. Formell ungenügende Rechtsgrundlagen	43
	2. Formell ausreichende gesetzliche Grundlagen	44
V.	Die Voraussetzungen für die Personalienfeststellung	47
	A. Im allgemeinen	47

B.	Die Voraussetzungen für das Mitnehmen auf den Polizeiposten im besonderen	51
1.	Die Möglichkeiten der Identifizierung an Ort und Stelle	51
2.	Das Mitnehmen auf den Polizeiposten	52
C.	Die Personenfeststellung zur Sicherung privater Ansprüche	54
VI.	Die Bedeutung der EMRK	54
§ 6	Die erkennungsdienstlichen Massnahmen	55
I.	Begriff	55
II.	Wesen und Abgrenzung	55
A.	Die erkennungsdienstliche Behandlung als Eingriff in die persönliche Freiheit	55
B.	Abgrenzungen	57
1.	Zur Durchsuchung	57
2.	Zur Untersuchung	57
III.	Systematische Einordnung	58
IV.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	60
A.	Ueberblick	60
B.	Erläuterungen	61
1.	Formell ungenügende Rechtsgrundlagen	61
2.	Formell ausreichende gesetzliche Grundlagen	62
V.	Die Voraussetzungen für die erkennungsdienstlichen Massnahmen	62
A.	Die erkennungsdienstlichen Massnahmen zur Identitätsfeststellung	62
B.	Die erkennungsdienstlichen Massnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung strafbarer Handlungen	63
1.	Formelle Voraussetzungen	63
2.	Materielle Voraussetzungen	65
C.	Die weiteren Fälle	66
1.	Die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen im Straf- und Massnahmen-vollzug	66

2.	Die erkennungsdienstliche Behandlung aus fremdenpolizeilichen Gründen	66
3.	Die erkennungsdienstliche Behandlung administrativ Festgenommener	67
D.	Schranken für die erkennungsdienstliche Behandlung	67
E.	Die Bedeutung von Art. 6 II EMRK	68
VI.	Die Durchführung	68
VII.	Rechtsschutz	69
A.	Allgemeines	69
B.	Der Rechtsschutz gegen die Anordnung	70
C.	Aufbewahrung und Anspruch auf Vernichtung	71
1.	-Vorbemerkung	71
2.	Die Voraussetzungen für die Vernichtung	71
a)	Wegfallen oder Erreichen des Zwecks	71
b)	Vernichtung von Amtes wegen oder auf Begehren hin?	73
aa)	Die Vernichtung von Amtes wegen	73
bb)	Die Vernichtung auf Begehren des Betroffenen hin	73
cc)	Zuständigkeit	74
3.	Der Anspruch auf Vernichtung	75
4.	Der Entscheid der Berner Anklagekammer in ZBJV 115 35	76
§ 7	Auskunftspflicht, Vorladung und Vorführung	78
I.	Die Auskunftspflicht Privater gegenüber der Polizei	78
A.	Begriff der Auskunft	78
B.	Die Begründung der Notwendigkeit der Auskunftspflicht in Lehre und Rechtsprechung	78
C.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	79
D.	Die auskunftspflichtigen Personen	80
1.	Der Störer	80
2.	Der Nichtstörer	80
E.	Inhalt der Auskunftspflicht	81
1.	Vorbemerkung	81
2.	Die Aussage- und Wahrheitspflicht	81
3.	Die Erscheinungspflicht	82

F. Grenzen der Auskunftspflicht	82
G. Durchführung der Vernehmung	83
II. Die Vorladung	84
A. Begriff und Wesen	84
B. Zweck der Vorladung	85
C. Die bestehenden Rechtsgrundlagen	85
D. Die Voraussetzungen	86
1. Die Vorladung zur Durchführung erken-	
nungsdienstlicher Massnahmen	86
2. Die Vorladung zur Vernehmung	87
E. Form der Vorladung	87
F. Die Entschädigung	88
III. Die Vorführung	88
A. Begriff und Wesen	88
B. Der Zweck der Vorführung	89
C. Die bestehenden Rechtsgrundlagen	89
D. Die Voraussetzungen	89
1. Allgemeines	89
2. Die Vorführung zur Vornahme erkennungs-	
dienstlicher Massnahmen	90
3. Die Vorführung zur Vernehmung	90
E. Der Vorführungsbefehl	91
F. Die Bedeutung der EMRK	92
§ 8 Die Wegweisung	93
I. Begriff und Wesen	93
II. Der Zweck der Wegweisung	94
III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen	94
IV. Die Voraussetzungen der Wegweisung	95
A. Die Wegweisung von gefährdeten Personen	95
B. Die Wegweisung von Personen, die den Ein-	
satz der Polizei, Feuerwehr oder von Ret-	
tungsdiensten stören	96
C. Die Wegweisung zur Abwehr einer Gefahr	97
§ 9 Der polizeiliche Gewahrsam	98
I. Begriff, Wesen und Abgrenzung	98

A.	Begriff und Wesen	98
B.	Abgrenzungen und Einschränkungen	99
1.	Die nur mittelbar der Gefahrenabwehr dienenden Freiheitsentziehungen	99
2.	Die fürsorgerische Freiheitsentziehung	99
3.	Die sichernden Massnahmen gemäss Art. 42 ff. StGB	100
4.	Die Auslieferungshaft	100
II.	Die häufigsten Fälle polizeilichen Gewahrsams (Ueberblick)	101
A.	Der Gewahrsam zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	101
B.	Der Schutzgewahrsam	102
C.	Die Ausweisungshaft	102
D.	Die Festnahme entwichener Häftlinge und anderer Anstaltsinsassen	102
E.	Systematische Einordnung	103
III.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	103
A.	Ueberblick	103
B.	Erläuterungen	103
IV.	Die Bedeutung der EMRK für die Regelung der polizeilichen Freiheitsentziehungen	106
A.	Allgemeines	106
B.	Die Anwendbarkeit von Art. 5 EMRK auf den polizeilichen Gewahrsam als vorübergehende Freiheitsentziehung	107
1.	Die Fragestellung	107
2.	Der Begriff der kurzfristigen Freiheitsentziehung	108
V.	Die polizeilichen Freiheitsentziehungen gemessen an Art. 5 EMRK	113
A.	Vorbemerkung	113
B.	Die Bedeutung der Eingriffsvorbehalte von Art. 5 I EMRK für die verschiedenen Tatbestände des polizeilichen Gewahrsams	113
1.	Art. 5 I lit.a EMRK	113
2.	Art. 5 I lit.b EMRK	114
3.	Art. 5 I lit.c EMRK	115
4.	Art. 5 I lit.d EMRK	119
5.	Art. 5 I lit.e EMRK	119
6.	Art. 5 I lit.f EMRK	121

7.	Die von Art. 5 I EMRK nicht erfassten Freiheitsentziehungen	121
a)	Der Schutzgewahrsam	121
b)	Das Mitnehmen auf die Wache zur Identitätsfeststellung und die Vorführung	122
aa)	Das Mitnehmen und Festhalten auf dem Posten zwecks Personalienfeststellung	122
bb)	Die Vorführung	122
c)	Der Gewahrsam zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	123
C.	Die Rechte des Festgenommenen gemäss Art. 5 II-IV EMRK	123
1.	Die Unterrichtung gemäss Art. 5 II EMRK	123
2.	Die Garantien der aufgrund von lit.c Festgenommenen gemäss Art. 5 III EMRK	125
a)	Die unverzügliche Vorführung vor einen Richter oder richterähnlichen Beamten	125
aa)	Allgemeines	125
bb)	Die für die Vorführung zuständige Behörde	125
cc)	Die Pflicht zur unverzüglichen Vorführung	127
b)	Das Recht binnen angemessener Frist beurteilt oder bereits vorher entlassen zu werden (Art. 5 III Satz 2 EMRK)	128
3.	Die richterliche Haftprüfung gemäss Art. 5 IV EMRK	130
4.	Der Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 5 V EMRK	132
VI.	Weitere Voraussetzungen für den polizeilichen Gewahrsam	132
A.	Sachliche	132
1.	Die ernsthafte und unmittelbare Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	132

2.	Das Erfordernis der bereits begangenen Straftat oder verursachten Störung	134
3.	Der polizeiliche Gewahrsam als letztes Mittel	134
4.	Besonderheiten des Schutzgewahrsams	134
	a) Grundsatz	134
	b) Ausnahmen	135
B.	Verfahrensvorschriften	135
	1. Der Festnahmebefehl	135
	2. Richterliche Haftprüfung nach der Entlassung?	157
VII.	Die Behandlung des Festgenommenen und der Vollzug des polizeilichen Gewahrsams	138
VIII.	Die Dauer der Freiheitsentziehung	138
	A. Allgemeines	138
	B. Gesetzliche Festlegung einer Maximaldauer	139
§ 10	Die Personendurchsuchung	140
I.	Begriff, Wesen und Abgrenzungen	140
	A. Begriff und Wesen	140
	B. Abgrenzungen	140
	1. Die Untersuchung	140
	2. Die Sachdurchsuchung	141
II.	Die Tatbestände der polizeilichen Personendurchsuchung	141
III.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	145
	A. Ueberblick	145
	B. Erläuterungen	145
	1. Die lückenhafte Regelung der sicherheitspolizeilichen Personendurchsuchung	145
	2. Die Durchsuchung von vorläufig festgenommenen, verhafteten oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzten Personen im besonderen	148
IV.	Die Voraussetzungen der Personendurchsuchung	149
	A. Die Durchsuchung zur Identitätsfeststellung	149

B.	Die Durchsuchung von Personen zum Schutze der Polizeibeamten und Dritter bei Personenkontrollen	150
C.	Die Durchsuchung von hilflosen Personen	152
D.	Die Durchsuchung vorläufig festgenommener, verhafteter oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzter Personen	152
E.	Die Durchsuchung von Personen zur Auffindung von Gegenständen, die der Beschlagnahme unterliegen	153
V.	Die Durchführung der Personendurchsuchung	154
§ 11	Die Sachdurchsuchung	155
I.	Begriff und Wesen	155
A.	Die Sachdurchsuchung im allgemeinen	155
B.	Die Papierdurchsuchung im besonderen	155
II.	Die Tatbestände der sicherheitspolizeilichen Sachdurchsuchung	157
III.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	158
A.	Ueberblick	158
B.	Erläuterungen	159
IV.	Die Voraussetzungen und die Durchführung	160
A.	Die Voraussetzungen	160
B.	Durchführung	162
§ 12	Das Betreten und Durchsuchen von Räumen	164
I.	Begriffe	164
A.	Der Begriff des Raumes	164
B.	Das Betreten und Durchsuchen	165
1.	Das Betreten	165
2.	Das Durchsuchen	165
3.	Die Bedeutung dieser Unterscheidung	165
II.	Der Zweck der sicherheitspolizeilichen Eingriffe in das Hausrecht	166
III.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	167

A.	Ueberblick	167
B.	Erläuterungen	168
IV.	Die Voraussetzungen	171
A.	Materielle	171
1.	Grundsatz	171
2.	Besonderheiten	173
a)	Das Betreten öffentlicher Räume zur Durchführung einer Identitätsfeststellung	173
b)	Das Betreten und Durchsuchen von sog. "verrufenen" Lokalen und Räumlichkeiten	173
c)	Das Durchsuchen und Betreten von Räumen zur Nachtzeit	174
B.	Formelle	175
V.	Die Durchführung	177
§ 13	Die Beschlagnahme	179
I.	Begriff und Wesen	179
II.	Terminologisches	179
III.	Die Anwendungsfälle der polizeilichen Beschlagnahme	180
A.	Die Beschlagnahme zur Abwehr einer Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung	180
B.	Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgehaltene Personen	180
C.	Die Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers	181
IV.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	181
A.	Ueberblick	181
B.	Erläuterungen	182
1.	Die gesetzlichen Grundlagen für den ersten Tatbestand	182
2.	Die gesetzlichen Grundlagen für den zweiten Tatbestand	186
3.	Die gesetzliche Regelung des dritten Tatbestandes	186

V.	Die Voraussetzungen für die Beschlagnahme	187
A.	Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Abwehr einer Gefahr und zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgenommene Personen	187
1.	Die Beschlagnahme zur Abwehr einer Gefahr	187
2.	Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgenommene Personen	188
B.	Die Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers vor Verlust oder Beschädigung	189
VI.	Durchführung der Beschlagnahme	190
VII.	Aufhebung der Beschlagnahme und mögliche Folge-massnahmen	191
A.	Aufhebung der Beschlagnahme	191
B.	Sicherheitspolizeiliche Massnahmen im Anschluss an die Beschlagnahme	192
1.	Das Problem	192
2.	Die verschiedenen Massnahmen	193
a)	Allgemeines	193
b)	Die Grundzüge der Regelung in Art. 58 ff. StGB	194
§ 14	Die Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte	198
I.	Begriff und Wesen	198
II.	Der Zweck der Ueberwachungsmassnahmen	200
III.	Die bestehenden Rechtsgrundlagen	200
IV.	Die Voraussetzungen und die Durchführung der Ueberwachungsmassnahmen	203
A.	Vorbemerkung	203
B.	Die materiellen Voraussetzungen für die Ueberwachung	203
1.	Das Erfordernis der besonderen Schwere oder Eigenart der bevorstehenden Straftat	204
2.	Das Erfordernis des hinreichenden Verdachts	205

3.	Die Subsidiarität der Ueberwachungs- massnahmen	205
4.	Der betroffene Personenkreis	205
C.	Das Verfahren	206
1.	Die Zuständigkeit für die Anordnung	206
2.	Die Rechtshilfe durch die Bundesbehör- den bei der Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs	207
3.	Die richterliche Kontrolle der Ueber- wachungsmassnahmen	207
	a) Die besondere Problematik des Rechts- schutzes bei Ueberwachungsmassnahmen	207
	b) Die richterliche Kontrolle	208
	aa) Die Genehmigung der Anordnung durch den Richter	208
	bb) Zuständigkeit	209
	cc) Die beschränkte Kognition des Richters	209
	c) Das Verfahren	210
D.	Dauer und Aufhebung der Ueberwachungs- massnahmen	210
E.	Das Problem der nachträglichen Mitteilung	211
1.	Die Lösung im BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre	211
2.	Das Urteil des Europäischen Gerichts- hofes im Fall Klass	212

Abkürzungsverzeichnis

A.A./a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
Abk.	Abkürzung
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder
AG	Aargau
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AuslG	Auslieferungsgesetz
BayVB1	Bayerische Verwaltungsblätter
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB1	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BS	Basel-Stadt
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid
bzw.	beziehungsweise
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe (Autor)
D.h./d.h.	das heisst

Diss	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Dienstreglement
DStGB	Strafgesetzbuch der BRD
DStPO	Strafprozessordnung der BRD
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
EG	(kantonaies) Einführungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
FN	Fussnote
G	Gesetz
GdeG	Gemeindegesezt
GG	Grundgesetz
Gl.M./gl.M.	gleicher Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KV	Kantonsverfassung
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0)
ME	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
M.E./m.E.	meines Erachtens
N	Note
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (SR 220)

PAG	Polizeiaufgabengesetz Bayerns
PolG	Polizeigesetz
PVG	Bundesgesetz betreffend den Postverkehr vom 2. Oktober 1924 (SR 783.0)
RB	Rechenschaftsbericht des Zürcher Verwaltungsgerichts an den Zürcher Kantonsrat
Rn	Randnummer
S.	Seite
SG	St. Gallen
SGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull (NR,StR)	Stenographisches Bulletin (des Nationalrats, des Ständerats)
StPO	Strafprozessordnung
StR	Ständerat
TA	Tagesanzeiger
TG	Thurgau
TVG	Bundesgesetz betreffend den Telegrafien- und Telefonverkehr vom 14. Oktober 1922 (SR 784.10)
u.	und
u.a.	unter anderem
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
Var.	Variante
VD	Waadt
Vgl./vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VS	Wallis
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Z.B./z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Weitere Abkürzungen im Rechtsquellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

- Aeppli Gion Felix, Formelles Uebertretungsstrafrecht im Kanton Zürich, Diss Zürich 1971.
- Antognazza Giampiero, Beschlagnahme und Hausdurchsuchung, in: ZStrR 93 (1977) 64 ff.
- Arbeitskreis Polizeirecht (Denninger Erhard, Dürkop Marlis, Hoffmann-Riem Wolfgang, Klug Ulrich, Podlech Adalbert, Rittstieg Helmut, Schneider Hans-Peter, Seebode Manfred), Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder, Neuwied und Darmstadt 1979; zit.: AE.
- Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände, Neuchâtel/Paris 1967; zit.: Aubert I oder Aubert II.
- ders., Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, Essai de synthèse, in: Menschenrechte Föderalismus Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, 1 ff.; zit.: Aubert, Festschrift Kägi.
- Battaglia Josi, Die Zwangsmittel im bündnerischen Untersuchungsverfahren, Diss Zürich 1976.
- Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977; zit.: Bericht der Kommission Furgler.
- Bericht der Kommission des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 31. Okt. 1975, in: BB1 1976 I 529 ff.
- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dez. 1968, in: BB1 1968 II 1057 ff.
- Bersier Roland, La liberté personnelle, L'internement des aliénés et associaux, La stérilisation des aliénés, Diss Lausanne 1968.
- Bischofberger Peter, Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht, Diss Zürich 1972.
- Bobst Max, Die Stellung der Polizei zu privatrechtlichen Begehren des Publikums, in: SJZ 47 (1951) 292 ff.

Bossart Peter, Persönliche Freiheit und administrative Versorgung, Diss Zürich 1965.

Bosshart Jürg, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Diss Zürich 1973.

Botschaft des Bundesrates über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Art. 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17. August 1977, in: BBl 1977 III 1 ff.

Botschaft des Bundesrates zum Ausländergesetz vom 19. Juni 1978, in: BBl 1978 II 169 ff.

Botschaft des Regierungsrates des Kantons St. Gallen zum Entwurf eines Polizeigesetzes vom 22. Mai 1979 (Separatdruck); zit.: Botschaft SG.

Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau zu dem Gesetz über die Organisation der Polizei und der Katastrophenvorsorge vom 7. Februar 1978; zit.: Botschaft TG.

Brünner Rudolf F., Das Verhältnis der Grundrechte zur Polizeigewalt nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss Basel 1957 (Maschinenschrift).

Drews Bill/Wacke Gerhard/Vogel Klaus/Martens Wolfgang, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Bd. I, 8. Auflage, Köln 1974; zit.: Drews/Wacke/Vogel/Martens I.

dieselben, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Bd. II, 8. Auflage, Köln 1977; zit.: Drews/Wacke/Vogel/Martens II.

Egger A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930; zit.: Egger, Kommentar zum ZGB.

Egloff Willi, Braucht die Schweiz ein Datenschutzgesetz?, in: ZSR NR 96 I (1977) 345 ff.

Fäh Laurenz, Die Zwangsmittel im st.gallischen Strafrechtspflegengesetz vom 9. August 1954, Diss Freiburg 1963.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neudruck Zürich 1976; zit.: Fleiner/Giacometti.

Forstmoser Peter, Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, in: SJE 70 (1974) 217 ff.

Fuss Ernst-Werner, Rechtsgrundlagen des polizeilichen Erkennungsdienstes, in: Verfassung Verwaltung Finanzen, Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, Köln 1972, 305 ff.

Futterlieb Raoul, Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess, Diss Zürich 1978.

Gerber Rudolf, Materiellrechtliche Probleme der Bekämpfung des Terrorismus, in: Kriminalistik 1979 71 ff.

Gobrecht Werner, Polizeimassnahmen und die freie Persönlichkeitsentfaltung, in: Die Polizei 1967 311 ff.

Greiner August, Durchsuchungen bei Freiheitsentziehungen, in: Kriminalistik 1972 318 ff.; zit.: Greiner, Durchsuchung.

ders., Rechtsgrundlagen und -problematiken bei der Durchführung einer Razzia, in: Die Polizei 1975 408 ff.; zit.: Greiner, Razzia.

Grisel André, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970; zit.: Grisel, Droit administratif.

ders., La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, in: Revue internationale de droit comparé, Bd. 2, 1975, 449 ff.; zit.: Grisel, La liberté personnelle.

Grossen Jacques-Michel, Das Recht der Einzelperson, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, 286 ff.

Guradze H., Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin und Frankfurt a.M. 1968.

Haller Walter, Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, in: ZSR NF 95 I (1976) 113 ff.

Hauser Robert, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974; zit.: Hauser, Zeugenbeweis.

ders., Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonvention, in: ZStrR 95 (1978) 225 ff.; zit.: Hauser, Untersuchungshaft.

ders., Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel und Stuttgart 1977; zit.: Hauser, Lehrbuch.

Heer Balthasar, Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, Diss Zürich 1975.

- Heise Gerd/Riegel Reinhard, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover 1978; zit.: Heise/Riegel.
- Herzog Roman, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: AöR 86 (1961) 194 ff.
- Hoffmann Reinhard, Polizeiliche Schutzhaft und Grundrechte, in: DVBl 85 (1970) 473 ff.
- Hoffmann-Riem Wolfgang, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts?, in: JZ 1978 335 ff.; zit.: Hoffmann-Riem, Abbau.
- ders., "Anscheingefahr" und "Anscheinverursachung", in: Verfassung Verwaltung Finanzen, Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, Köln 1972, 327 ff.; zit.: Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke.
- ders., Die polizeiliche Sistierung zur Feststellung von Personalien, in: DVBl 1967 751 ff.; zit.: Hoffmann-Riem, Sistierung.
- ders., Die polizeiliche Durchsuchung von Personen zur Aufklärung verdächtiger Sachverhalte, in: Die Polizei 1969 11 ff. und 42 ff.; zit.: Hoffmann-Riem, Durchsuchung.
- Hotz Werner Friedrich, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, Diss Zürich 1977.
- Hubatka Walter, Die Passantenkontrolle, in: Der Polizeibeamte 40 (1959) 299 f.
- Huber Hans, Das Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnis und seine Beschränkung für Zwecke der Strafrechtspflege, in: SJZ 51 (1955) 165 ff.; zit.: Hans Huber, Geheimnis.
- ders., Der Hauptentscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Sache Lawless, in: ZaöRV 21 (1961) 649 ff.; zit.: Hans Huber, Lawless.
- ders., Die Menschenrechte, in: Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bd. VI, Bern 1973, 62 ff.; zit.: Hans Huber, Schlussbericht Wahlen.
- ders., Die persönliche Freiheit, in: SJZ 69 (1973) 113 ff.; zit.: Hans Huber, Die persönliche Freiheit.
- ders., Grundrechte und Polizeigewalt, in: ZBl 53 (1952) 233 ff.; zit.: Hans Huber, Polizeigewalt.

ders., Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, ZBJV 91 bis (1955) 95 ff.; zit.: Hans Huber, Probleme.

ders., Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 96 I (1977) 1 ff.; zit.: Hans Huber, Verhältnismässigkeit.

Hug Karl-Gustav, Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit? Die persönliche Freiheit von Schülern, Studenten, Spitalpatienten, Diss Zürich 1976.

Huggenberger Julius, Das polizeiliche Ermittlungsverfahren im Schweizerischen Strafprozessrecht, Diss Zürich 1947; zit.: Huggenberger, Diss.

ders., Die kriminalpolizeiliche Tätigkeit im Lichte der schweizerischen Rechtsprechung, in: Kriminalistik 1966 427 ff., 479 ff.

Hutzli Peter Walther, Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess, Diss Bern 1974.

Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Auflage, Basel und Stuttgart; zit.: Imboden/Rhinow I oder Imboden/Rhinow II.

Jacobs Francis G., The European Convention on Human Rights, Oxford 1975.

Jost Andreas, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss Bern 1975.

Junod Blaise-François, La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, Diss Neuchâtel 1968.

Kappeler Dietrich, La protection contre soi-même, in: Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genf 1976 155 ff.

Kaufmann Erich, Der polizeiliche Eingriff in die Freiheiten und Rechte, bearbeitet von Horst Blomeyer-Bartenstein, Heribald Närgler, Günter Olzog, Ingeborg Ruprecht unter der Leitung Kaufmanns, Frankfurt a.M. 1951; zit.: Kaufmann.

Kern Eduard, Der Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. II, 2. Auflage, Berlin 1968 51 ff.

- Kern Eduard/Roxin Claus, Strafverfahrensrecht, 15. Auflage, München 1979.
- Knemeyer Franz-Ludwig, Deutsches Polizeirecht, in: DöV 1975, 34 ff.
- Kölz Alfred, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- König Hans-Günther, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. III, 2. Halbband, Köln/Berlin/Bonn/München 1962; zit.: König.
- Koschwitz Jürgen, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, Berlin 1970.
- Mansperger Jürgen, Die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Problematik des polizeilichen Erkennungsdienstes, Diss Würzburg 1971.
- Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1979.
- Mastronardi Philippe Andrea, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Diss Bern 1978.
- Maunz Theodor/Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Rupert, Grundgesetz, Kommentar, Stand 1980.
- Meyer Markus, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, Diss Zürich 1962.
- Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel und Stuttgart 1979.
- Müller Hans, Post- und Telefon-Ueberwachung, in: Kriminalistik 1967 211 ff.
- Müller Heinrich Andreas, Der Verwaltungszwang, Diss Zürich 1975.
- Müller Jörg Paul, Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, in: ZSR NF 91 I (1972) 209 ff.; zit.: J.P. Müller, Rechtsprechung 1971.
- ders., Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, in: ZSR NF 94 I (1975) 373 ff.; zit.: J.P. Müller, Anwendung der EMRK.
- ders., Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts, Diss Bern 1964; zit.: J.P. Müller, Grundrechte.

ders., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1977, in: ZBJV 115 (1979) 153 ff.; zit.: J.P. Müller, Rechtsprechung 1977.

ders., Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, in: ZSR NF 90 I (1971) 457 ff.; zit.: J.P. Müller, Recht auf Leben.

Müller Otto Heinrich, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, Diss Zürich 1942.

Noll Peter, Technische Methoden zur Ueberwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, in: ZStrR 91 (1975) 45 ff.; zit.: Noll, Ueberwachung.

ders., Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum, Zürich 1977; zit.: Noll, Skript.

Oberhänsli Hans, Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsmässigen Garantie der persönlichen Freiheit, Diss Zürich 1971.

Partsch Josef, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1966, hier zit. nach dem Sonderdruck.

Peter Markus, Ermittlungen nach Bundesstrafprozess, in: Kriminalistik 1973 516 ff., 563 ff., 1974 35 ff.; zit.: Peter, Ermittlungen.

ders., Das neue Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, in: SJZ 75 (1979) 305 ff.; zit.: Peter, Geheimsphäre.

Peters Karl, Strafprozess, 2. Auflage, Karlsruhe 1966.

Rasch Hansjörg, Die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter im schweizerischen Strafprozess, Diss Zürich 1975.

Renfer Hans Peter, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit, Diss Basel 1972.

Rieder Rolf, Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess, Diss Zürich 1965.

Riegel Reinhard, Bemerkungen zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, in: BayVB1 1977 682 ff.; zit.: Riegel, Bemerkungen.

ders., Neueste Entwicklungstendenzen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, in: ZRP 1978 14 ff.; zit.: Riegel, Entwicklungstendenzen.

- ders., Zum Problem der Anfertigung und Vernichtung erkenntnis-
dienstlicher Unterlagen, in: DöV 1978 17 ff.; zit.:
Riegel, erkenntnisdienstliche Unterlagen.
- ders., Zur polizeilichen Festnahme gegenüber entwichenen Häftlin-
gen, in: DöV 1979 201 ff.; zit.: Riegel, Häftlinge.
- Röthlisberger Werner, Begriff, Stellung und Aufgabe der Kriminal-
polizei, Diss Bern 1935.
- Romanens Meinrad, Die Telefonüberwachung als Gegenstand der Rechts-
hilfe in Strafsachen, Diss Bern 1974.
- Ruck Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. II, Zürich 1953.
- Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 2. Auflage, Bern 1975.
- Sigrist Hans, Probleme der Identitätsfeststellung und der polizei-
lichen Razzia nach Berliner ASOG, in: JR 1976 397 ff.;
zit.: Sigrist, Identitätsfeststellung.
- ders., Kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung und polizei-
liche Vorladung, in: Die Polizei 1978 65 ff.; zit.:
Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung.
- Spoendlin Kaspar, Die verfassungsmässige Garantie der persönli-
chen Freiheit, Diss Zürich 1945.
- Sydow Fritz, Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht, Kritik am
Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes,
in: ZRP 1977 119 ff.
- Schindler Dietrich, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechts-
konvention für die Schweiz, in: ZSR NF 94 I (1975)
357 ff.
- Schorn Hubert, Die Europäische Konvention zum Schutze der Men-
schenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzproto-
koll in Einwirkung auf das deutsche Recht, Text und
Kommentar, Frankfurt a. Main 1965.
- Schubarth Martin, Die Art. 5 und 6 der Konvention insbesondere im
Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht,
in: ZSR NF 94 I (1975) 465 ff.; zit.: Schubarth, EMRK.
- ders., Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren,
besonders bei Untersuchungshaft, Bern 1973; zit.:
Schubarth, Untersuchungshaft.
- ders., Zur rechtsstaatlichen Problematik des Einbaus von Abhörge-
räten durch Organe der Bundesanwaltschaft, in: BJM
1974 9 ff.; zit.: Schubarth, Abhörgeräte.

- Schucan Jürg, Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, Diss Zürich 1977.
- Schütz Alfred, Die Kriminalpolizei im Kanton Zürich, ihre Eingriffe in die Freiheiten und Rechte der Bürger durch zwangsrechtliche Fahndungs- und Erforschungsmittel, Diss Zürich 1955.
- Schultz Dietrich, Rechtsgrundlagen von Razzien, in: JR 1966 207 ff.
- Schultz Hans, Die Einzeihung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss Art. 58 f. StGB in: ZBJV 114 (1978) 305 ff.
- Schwan Eggert, Identitätsfeststellung, Sistierung und Razzia, in: AöR 102 (1977) 243 ff.
- Steiner Heinrich, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Diss Bern 1959.
- Stellungnahme des Bundesrates an die Bundesversammlung zur parlamentarischen Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 11. August 1976, in: BB1 1976 II 1571 ff.
- Trechsel Stefan, Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974; zit.: Trechsel, EMRK.
- ders., Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZBJV 115 (1979) 457 ff.; zit.: Trechsel, Erfahrungen.
- Tschumper Rudolf, Zur Revision des aargauischen Gesetzes über die Strafrechtspflege, in: ZStrR 96 (1979) 77 ff.
- Ule Carl Hermann/Rasch Ernst, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. III, 1. Halbband, Köln/Berlin/Bonn/München 1965; zit.: Ule/Rasch.
- Ulrich Stefan, Der Angeschuldigte im zugerischen Untersuchungsverfahren, Diss Zürich 1974.
- Vogt Heinrich, Strafprozessuale Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, in: Aargauisches Strafprozessrecht, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des aargauischen Juristenvereins, Aarau 1961, 57 ff.
- Von Meiss Reinhard W., Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diss Zürich 1975.

- Wacke Gerhard, Das Recht der Polizei auf Auskünfte, in: Die Polizei 1962 162 ff.
- Walter Dieter/Zachert Hans-Ludwig, Die Razzia sowie das Betreten von Räumlichkeiten und die Durchsuchung auf polizeilicher Grundlage, in: Kriminalistik 1967 589 ff.
- Weber Otto, Die Durchsuchung im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss Zürich 1934.
- Widmer Anton, Die Gestaltung des ordentlichen Untersuchungsverfahrens nach der Strafprozessordnung des Kantons Luzern, Diss Zürich 1978.
- Wildhaber Luzius, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Art. 5 und 6, in: ZSR NF 94 I (1975) 511 ff.; zit.: Wildhaber, Konvention.
- ders., Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ESR NF 98 II (1979) 751 ff.; zit.: Wildhaber, Erfahrungen.
- ders., Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?, in: EBJV 105 (1969) 249 ff.; zit.: Wildhaber, Verfassungsrang.
- Willfratt Max, Die Verhaftung, Referat (in erweiterter Form) gehalten im Wintersemester 1961/62, Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich (Vervielfältigung).
- Zimmerli Ulrich, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR NF 97 I (1978) 1 ff.
- Zuppinger Werner, Der Schutz vor sich selbst im Polizeirecht, Diss Zürich 1956.

Weitere Literaturangaben im Text.

Verzeichnis der benützten Rechtsquellen

In der nachfolgenden Liste werden nur die zur Hauptsache verwendeten Erlasse aufgeführt. Auf die zahllosen Revisionen wird nicht speziell hingewiesen. Römische Zahlen neben der Artikelnummer bezeichnen den Absatz, arabische Zahlen die Ziffer. Vereinzelt sind weitere Gesetze in den Fussnoten zitiert.

Bund

- BStP Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0).
- VStrR Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0).
- StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937 (SR 311.0).
- Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre (Aenderung von Bundesgesetzen) vom 23. März 1979 (AS 1979 1170 ff.).
- AuG Entwurf des Bundesrates für ein Ausländergesetz (BB1 1978 II 238 ff.).
- Bundesratsbeschluss betreffend den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft vom 29. April 1958 (SR 172.213.52).

Zürich

- ZH GdeG Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juni 1926 (ZG 1, 469 ff.).
- ZH StPO Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919 (ZG 6, 395 ff.).
- ZH StVG Gesetz über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 30. Juni 1974 (OS 45, 132 ff.).
- ZH EDVO Verordnung über die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen vom 22. Dezember 1960 (ZG 2, 52 ff.).
- ZH BezGefVO Verordnung über die Bezirksgefängnisse vom 19. April (OS 44, 474 ff.), in der Fassung vom 9. März 1977 (OS 46, 471 ff.).

Zürich

- ZH PolGefVO Verordnung über die kantonalen Polizeigefängnisse vom 25. Juni 1975 (OS 45, 514 ff.), in der Fassung vom 9. März 1977 (OS 46, 467 ff.).
- ZH DR Dienstreglement für das Polizeikorps des Kantons Zürich (ZG 2, 17 ff.).
- ZG = Zürcher Gesetzessammlung
- OS = Offizielle Sammlung der seit dem 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Standes Zürich.

Bern

- BE StPO Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 20. Mai 1928 (BSG 321.1).
- BE EG StGB Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 6. Okt. 1944 (BSG 311).
- BE GdeG Gemeindegesetz vom 20. Mai 1973 (BSG 170.11).
- BE PolG Gesetz betreffend das bernische Polizeikorps vom 6. Mai 1906 (BSG 551.1; ASG II 121).
- BE Ortspoli- Dekret betreffend die Ortspolizei vom 27. Januar 1920
zeidekret (BSG 172.244.1; ASG III 387).
- BE BezGefVO Verordnung betreffend die Bezirksgefängnisse des Kantons Bern vom 24. Dez. 1954 (BSG 342.121).
- BE EDVO Verordnung über den polizeilichen Erkennungsdienst vom 9. Januar 1942 (BSG 551.331; ASG 1942 4).
- BSG = Bernische Systematische Gesetzessammlung
- ASG = Amtliche Sammlung der Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern
- Die bei Gesetzesrevisionen eingeschobenen Artikel werden in der ASG mit bis, ter usw., in der BSG mit den Buchstaben a, b usf. bezeichnet.

Basel-Stadt

- BS StPO Strafprozessordnung vom 15. Okt. 1931 (GA 2, 1284 ff.).
- BS UeStG Kantonales Uebertretungsstrafgesetz vom 15. Juni 1978.
- BS DR Reglement über die Befugnisse der Polizeimannschaft vom 6. Mai 1932 (GA 2, 1560 ff.).
- GA = Gesamtausgabe der Basler Gesetzessammlung.

St. Gallen

- SG PolG Polizeigesetz vom 27. Februar 1980 (sGS 451.1).
- SG StPO Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954
(sGS 962.1).
- SG EG StGB Einführungsgesetz zum schweizerischen Strafgesetzbuch vom 24. März 1941 (sGS 921.1).
- sGS = Systematische Gesetzessammlung des Kantons
St. Gallen

Waadt

- VD PolG Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975
(RSV 3.10 A).
- VD StPO Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 (RSV
2.10).
- VD GdeG Loi sur les communes du 28 février (RSV 1.8 LC)
- RSV = Recueil systématique de la législation vaudoise

Wallis

- VS PolG Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Januar 1953
(SGS/VS Bd. II Nr. 901).
- VS StPO Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Febr.
1962 (SGS/VS Bd. II Nr. 302).
- VS UeStG Gesetz betreffend die Uebertretung von Polizeivorschriften vom 8. Febr. 1944 (SGS/VS Bd. II Nr. 313).
- VS DR Ausführungsreglement zum Gesetz über die Kantonspolizei vom 4. Juni 1969 (SGS/VS Bd. II Nr. 902).
- SGS/VS = Systematische Gesetzessammlung des Kantons
Wallis.

Thurgau

- TG PolG Polizeigesetz des Kantons Thurgau vom 16. Juni 1980
(Thurgauer Rechtsbuch Nr. 551.1).

Bundesrepublik Deutschland

- ME Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes der
 Innenministerkonferenz, in der Fassung vom 25. Nov.
 1977, abgedruckt bei Heise/Riegel, Musterentwurf ei-
 nes einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Auflage, Stutt-
 gart/München/Hannover 1978.
- AE Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des
 Bundes und der Länder, vorgelegt vom Arbeitskreis
 Polizeirecht, Neuwied und Darmstadt 1979.

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

Kernpunkt der polizeilichen Aufgaben ist die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (1). Unter öffentlicher Sicherheit und Ordnung versteht man jene Güter wie Leben, Gesundheit, Ruhe, Sittlichkeit, persönliche Ehre und Intimsphäre, Eigentum u.ä., zu deren Schutz die Polizei verpflichtet ist (2). Diesen Auftrag erfüllt die Polizei, indem sie die gestörte Ordnung wiederherstellt oder drohende Schäden verhütet (3). Zu diesem Zweck muss die Polizei unweigerlich in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingreifen. Es entsteht ein Spannungsfeld zwischen öffentlicher Ordnung und individueller Freiheit. Mit den in diesem Spannungsfeld auftauchenden Problemen befasst sich die vorliegende Arbeit.

Zwei Fragen stehen im Vordergrund: Bestehen für diese freiheitsbeschränkenden Massnahmen, welche gerade zur Erhaltung der Freiheit notwendig sind (4) und im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung an Bedeutung zugenommen haben, klare gesetzliche Grundlagen, und sind diese Eingriffe auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ausgerichtet?

Die Beantwortung dieser Fragen erfolgt nach Massgabe des schweizerischen Verfassungsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention, die für die Schweiz seit dem 28. November 1974 verbindlich ist (5). Das Ergebnis dieser Analyse wird zeigen, ob die

- 1) Botschaft SG, 2; Botschaft TG, 3.
- 2) Jost, 20 f. mit weiteren Hinweisen. Die in Deutschland getroffene Unterscheidung zwischen öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung (Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 130 ff.) ist wenig ergiebig, da die Abgrenzung keinen praktischen Nutzen hat und deshalb in der Schweiz selten vorgenommen wird.
- 3) Jost, 73.
- 4) Jost, 79; Hans Huber, Polizeigewalt, 238.
- 5) J.P. Müller, Anwendung der EMRK, 373; SR 0.101.

These von Hans Huber nach wie vor berechtigt ist, dass die kantonale Polizeigesetzgebung lückenhaft und rückständig sei (6).

II. Zum Aufbau und zum Vorgehen

Die Rechtsgrundlagen für die verschiedenen Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers sind in der Schweiz - soweit überhaupt vorhanden - in den verschiedensten Erlassen zu finden. Die gesetzliche Umschreibung der Voraussetzungen und des Ausmasses der Freiheitsbeschränkungen sind in den einzelnen Kantonen sehr unterschiedlich. Diese Rechtszersplitterung und diese uneinheitliche Regelung erschweren die Uebersicht. Aus diesem Grunde eignet sich das kodifizierte Polizeirecht der Schweiz nicht besonders gut für eine systematische Abhandlung über die polizeilichen Zwangsmassnahmen. In der Bundesrepublik Deutschland liegen dagegen ein Musterentwurf der Innenministerkonferenz für ein einheitliches Polizeigesetz des Bundes und der Länder (7) und ein Alternativentwurf des Arbeitskreises Polizeirecht (8) vor, welche die in dieser Arbeit zu behandelnden Probleme systematisch und umfassend regeln. Diese beiden deutschen Vorlagen enthalten für die Kodifikation des materiellen Polizeirechts in der Schweiz wertvolle Anregungen und Hinweise und bestimmen daher im wesentlichen auch den Rahmen dieser Untersuchung.

So entspricht die Reihenfolge in der Darstellung der verschiedenen Zwangsmassnahmen weitgehend dem Musterentwurf. Vor allem aber für die Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute werden die in

- 6) Hans Huber, Polizeigewalt, 238; ders., Schlussbericht Wahlen, 94.
- 7) Heise Gerd/Riegel Reinhard, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2.A., Stuttgart/München/Hannover 1978.
- 8) Arbeitskreise Polizeirecht, Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder, Neuwied und Darmstadt 1979.

den beiden deutschen Entwürfen getroffenen Lösungen von Bedeutung sein. Es ist jedoch nicht die Absicht, einfach deutsche Rechtsvorstellungen zu rezipieren. Vielmehr sollen die beiden deutschen Gesetzesentwürfe als Modell dienen, an dem sich die Darstellung des schweizerischen Polizeirechts orientiert.

1. Teil

GRUNDLAGEN

§ 2 Begriff und Rechtsnatur der polizeilichen Zwangsmassnahmen

I. Begriff

Der Begriff der polizeilichen Zwangsmassnahmen bezeichnet zusammenfassend eine Reihe von typischen Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers, welche die Polizei zum Zwecke der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen nötigenfalls unter Anwendung von physischem Zwang vornimmt (1). Da es sich um typische Mittel der Polizei handelt, wird dafür auch der Begriff "Standardmassnahmen" verwendet (2).

Die polizeilichen Zwangsmassnahmen sind Rechtsinstitute des allgemeinen Polizeirechts, die sich aus der polizeilichen Generalermächtigung herausgebildet haben (3). Der Polizeigewahrsam, die wohl einschneidendste Massnahme, und die praktisch sehr bedeutungsvolle Personalienfeststellung sind zwei der bekanntesten Beispiele.

II. Rechtsnatur

Die polizeilichen Zwangsmassnahmen erscheinen auf den ersten Blick als rein tatsächliches Handeln der Polizei. Sie weisen jedoch sämtliche Merkmale des Verwaltungsaktes auf: Sie gehen von einem Träger der öffentlichen Gewalt aus, ergehen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, sind einseitiger Natur, zielen auf einen rechtli-

1) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 77; Battaglia, 7; Vogt, 62; Peters, 350.

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 77; Botschaft SG, 7.

3) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 42; Botschaft SG, 15.

chen Erfolg ab und sind auf den Einzelfall bezogen (4). Der Eindruck, es handle sich bei den Standardmassnahmen nicht um Verwaltungsakte, sondern lediglich um Realakte, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass bei Gefahr im Verzug die Sachverfügung und der Vollzug häufig zusammenfallen. Man spricht in solchen Situationen von unmittelbarem oder sofortigem Vollzug (5). Als Beispiele sind etwa das Abschleppen eines verbotswidrig parkierten oder verkehrsuntüchtig aufgefundenen Fahrzeuges zum Zwecke der Verwahrung in der Form der antizipierten Ersatzvornahme (6) oder die sofortige Anwendung von unmittelbarem Zwang beispielsweise bei einer Festnahme (7) zu erwähnen.

4) Imboden/Rhinow I, 214; Grisel, Droit administratif, 191 ff.

5) H.A. Müller, 22; Drews/Wacke/Vogel/Martens I, 209.

6) Drews/Wacke/Vogel/Martens I, 209; Drews/Wacke/Vogel/Martens I: 63 und 98 f.; H.A. Müller, 33; Balthasar Heer, Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, Diss. Zürich 1975, 105.

7) H.A. Müller, 32/33.

§ 3 Einschränkung des Themas

I. Vorbemerkung

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man sämtliche Zwangsmassnahmen der Polizei behandeln. Aus diesem Grund ist der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung in mehrfacher Hinsicht zu begrenzen.

II. Beschränkung auf die Zwangsmassnahmen zum Zwecke der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung

In dieser Arbeit werden lediglich jene Zwangsmassnahmen der Polizei behandelt, die der Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder der Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung dienen. Nicht Gegenstand dieser Arbeit sind demzufolge die Zwangsmittel des Strafprozessrechts. Das Strafprozessrecht regelt das Verfahren nach begangener Straftat. Jeder Strafprozess führt zu einem gerichtlichen Urteil, einer urteilähnlichen Verfügung (Strafbefehl) oder zu einer Einstellung des Verfahrens. Dieses Verfahrensziel kann bei polizeilichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung noch gar nicht angestrebt werden (1). Aufgrund dieses formellen Kriteriums lassen sich aber auch jene polizeilichen Zwangsmassnahmen, die sich im "Vorfeld" (2) eines Strafverfahrens abspielen, nicht mehr dem Strafprozessrecht zuordnen, weil sie mit den konkreten, einzelfallbezogenen Zwangsmitteln des Strafprozessrechts wenig Ähnlichkeit haben, obwohl auch sie repressive Züge aufweisen (3). Als Beispiele sind die Razzia (4) und die erkennungsdienstlichen Massnahmen (5) zu nennen.

1) Noll, Ueberwachung, 62/63; vgl. auch Botschaft SG, 15.

2) Botschaft SG, 15.

3) Botschaft SG, 15; Riegel, Bemerkungen, 687.

4) Riegel, aaO; hinten § 5 III.

5) Riegel, aaO; hinten § 6 III.

III. Ausschluss der spezialgesetzlich geregelten Zwangsbefugnisse der Polizei

Das Polizeirecht ist heute zum ganz überwiegenden Teil in positiven Normen niedergelegt (6). Als Beispiele sind etwa die Lebensmittelpolizei, die Gesundheitspolizei, die Baupolizei usf. zu nennen. Von den in diesen und anderen spezial-gesetzlich geregelten Materien des Polizeirechts anzutreffenden Zwangsmassnahmen soll in dieser Arbeit nicht die Rede sein. So werden insbesondere auch die im Zusammenhang mit dem Strassenverkehrsrecht stehenden Befugnisse zur Einschränkung von Freiheitsrechten nicht behandelt. Diese Abgrenzung ergibt sich eigentlich aus dem Begriff der polizeilichen Zwangsmassnahmen als Rechtsinstitute des allgemeinen Polizeirechts (7).

IV. Die beschränkte Auswahl der berücksichtigten Rechtsquellen

A. Bund

Was die Polizeitätigkeit des Bundes anbelangt, findet in dieser Arbeit lediglich die Bundespolizei als gerichtliche Polizei (8), sofern sie mit der Verhinderung von Verbrechen befasst ist, und als politische Polizei (9) Beachtung. Von den Betrachtungen ausgeschlossen sind die Zwangsmassnahmen der Armee im Ordnungsdienst (10) und als Anstaltspolizei (11) sowie diejenigen der Heerespolizei (12), der Zoll- und Grenzorgane und des Festungswachtkorps.

6) Jost, 78 ff., 92 ff.

7) Vgl. vorn § 2 I.

8) BStP 17 I u. II.

9) BStP 17 III; BRB betr. den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft vom 29. April 1958.

10) VO über den Truppeneinsatz für den Ordnungsdienst vom 17. Januar 1979 (SR 121).

11) DR der Schweizer Armee vom 27. Juni 1979 Ziff. 270 ff.

12) VO über die Heerespolizei vom 19. September 1952 Art. 3 (SR 513.315); DR für die Heerespolizei vom 1. Januar 1964 (Regl. 52.30). Vgl. zum Ganzen Franz Wille, Die Anstaltspolizei des Heeres, Diss. Zürich 1934.

Grundsätzlich werden nur das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege (13), das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (14) und der BRB betr. den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft vom 29. April 1958 (15) herangezogen.

B. Kantone

Im Gegensatz zum Strafprozessrecht sind die Zwangsmassnahmen im Polizeirecht nicht in allen Kantonen in einem Gesetz zusammenfassend geregelt, sondern in mehreren Erlassen, womöglich verschiedener Stufen (Gesetz, Verordnung, Reglement). Die Ausführungen über die einzelnen Standardmassnahmen werden diese Rechtszersplitterung mit aller Deutlichkeit zeigen. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, sämtliche Kantone in dieser Arbeit zu berücksichtigen. Es musste eine Auswahl getroffen werden, die folgende Kantone umfasst: ZH, BE, BS, SG, VD und VS. Für die Auswahl dieser sechs Kantone spricht zum Teil die Ergiebigkeit der einschlägigen Rechtsnormen. So besteht im Kanton SG eine für die Schweiz beispielhafte Regelung der polizeilichen Zwangsmassnahmen (17). Auch im Kanton VD haben die Standardmassnahmen der Polizei - allerdings in geringerem Umfang als im Kanton SG - eine gesetzliche Regelung erfahren, wie sie in anderen Kantonen noch fehlt (17).

C. Gemeinden

Gemeindeerlasse, namentlich die sog. Polizeiverordnungen, werden ausser acht gelassen, zumal sie als Rechtssätze der Exekutive

13) SR 312.0.

14) SR 313.0.

15) SR 172.213.52.

16) Vgl. Art. 28 ff. SG PolG.

17) Vgl. Art. 20 ff. VD PolG.

ohnehin keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Beschränkung von Freiheitsrechten darstellen (18).

V. Weitere Einschränkungen

A. Das Problem des Datenschutzes

Der Datenschutz ist ein Rechtsgebiet, das zur Zeit noch stark im Fluss ist. Das Sammeln, Aufbewahren und Weitergeben von personenbezogenen Informationen wirft heikle Fragen auf, die heute noch offen sind. Wollte man die sich stellenden Rechtsprobleme gründlich und sorgfältig abklären, so müsste man dies im Rahmen einer eigens diesem Thema gewidmeten Dissertation tun (19).

B. Das Problem der Anwendung unmittelbaren Zwangs

Der unmittelbare Zwang ist ein klassisches Mittel des Verwaltungszwangs. Er besteht in der Anwendung von physischer Gewalt durch den Hoheitsträger, die so stark ist, dass der Widerstand des Pflichtigen gebrochen wird (20). Es würde jedoch zu weit führen, wenn man in dieser Arbeit auch die Frage prüfen wollte, wann die Polizei zur Durchsetzung der Zwangsmassnahmen physische Gewalt anwenden darf, zumal Thomas Hug über den Schusswaffengebrauch durch die Polizei, der die schärfste Form des unmittelbaren Zwangs darstellt, seine Dissertation verfasst hat (21).

18) Zum Problem der gesetzlichen Grundlage vgl. hinten § 4 I C.

19) Vgl. dazu die Regelung der elektronischen Datenspeicherung in den Art. 32, 37-39 SG PolG. Siehe auch AE, 113-130 §§ 37-46.

20) H.A. Müller, 21.

21) Thomas Hug, Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Diss. Zürich 1980.

§ 4 Die durch die polizeilichen Zwangsmassnahmen tangierten Grundrechte

I. Die persönliche Freiheit

A. Verfassungsrechtliche Grundlage

Die BV erwähnt die persönliche Freiheit nicht ausdrücklich. Hingegen hat das Bundesgericht im Jahre 1963 (1) und seither in einer konstanten Rechtsprechung (2) die persönliche Freiheit als ungeschriebenes Freiheitsrecht anerkannt (3). Mit Ausnahme der Kantone Tessin und Basel-Stadt ist in allen Kantonsverfassungen die persönliche Freiheit ausdrücklich gewährleistet (4). Diese kantonalen Garantien haben jedoch keine selbständige Bedeutung mehr, sofern sie nicht weitergehen als diejenigen des Bundes (5).

Am 28. November 1974 hat die Schweiz die Ratifikationsurkunde über ihren Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention hinterlegt und damit die Gebote dieser Konvention für unser Land rechtswirksam werden lassen (6). Der hier interessierende erste Abschnitt der EMRK, welcher die Rechte der Menschen gegenüber dem Staat umschreibt, ist mit Ausnahme von Art. 13 unmittelbar anwendbares Recht (7). Was die Rangordnung der EMRK innerhalb der schwei-

- 1) BGE 89 I 92.
- 2) BGE 105 Ia 29 E.2b; 104 Ia 39 E.5a; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 282 E.2a; 101 Ia 52 E.6; 100 Ia 193 E.3; 98 Ia 423 E.4.
- 3) Statt vieler Saladin, 91.
- 4) Saladin, 90.
- 5) BGE 98 Ia 423 E.4a; 97 I 841 E.3; 95 I 359; Aubert II, 772 N 2211; Hug, 11.
- 6) J.P. Müller, Anwendung der EMRK, 377; Jean Raymond, La Suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ZSR 98 II (1979) 15.
- 7) BBl 1968 II 1075; Bischofberger, 35; Trechsel, EMRK, 152/53 FN 463; Schindler, 366; J.P. Müller, Anwendung der EMRK, 382 f.; Gret Haller, Die innerstaatliche Anwendung der europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZBl 78 (1977) 523; Wildhaber, Erfahrungen, 337 ff.

zerischen Rechtsordnung anbetrifft, ist Jörg Paul Müller zuzustimmen (8), wenn er den Vorrang der EMRK vor entgegenstehendem Landesrecht, insbesondere vor späteren Bundesgesetzen, vertritt (9). In der Tat ermöglicht der internationale Rechtsschutzmechanismus der EMRK, Verfügungen aufgrund späterer konventionswidriger Bundesgesetze bei den Strassburger Instanzen anzufechten.

Soweit die in der EMRK garantierten Rechte inhaltlich mit den verfassungsmässigen Rechten der Bundes- und Kantonsverfassungen übereinstimmen, verlangt das Bundesgericht - im Gegensatz zur Staatsvertragsbeschwerde (10) - in der Regel die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges (11). Somit werden in prozessualer Hinsicht die Rechte der EMRK den "verfassungsmässigen Rechten" gleichgestellt (12).

- 8) J.P. Müller, Anwendung der EMRK, 379; vgl. auch Schindler, 369; Wildhaber, Erfahrungen, 328 ff.
- 9) J.P. Müller, Anwendung der EMRK, 380; vgl. auch Wildhaber, Verfassungsrang, 261 u. 264; ders., Erfahrungen, 331/332.
- 10) Vgl. Art. 86 III i.V.m. Art. 84 I lit.c OG (SR 173.110); BGE 101 Ia 68/69 E.2b.
- 11) BGE 101 Ia 68 f. E.2b u. 2c (leading case).
- 12) Vgl. dazu Trechsel, Erfahrungen, 460 f., 467 ff.

B. Inhalt der persönlichen Freiheit

1. Das Recht auf Leben und der Schutz der persönlichen Integrität und Bewegungsfreiheit

a) Das Recht auf Leben und persönliche Integrität

Die persönliche Freiheit schützt den Bürger vor Eingriffen in das elementare Recht auf Leben (13) und die körperliche Unversehrtheit (14). "Die Eigenart und Besonderheit des Rechts auf Leben liegt darin, dass jeder absichtliche Eingriff zugleich eine Verletzung des Wesenskerns des Grundrechts bedeutet..." (15). Eine gewisse Verselbständigung dieses Aspektes der persönlichen Freiheit, sei es nun als selbständiges Recht oder als Bestandteil des ungeschriebenen Verfassungsrechts, lässt sich dadurch rechtfertigen, dass die Schranken besonders geartet sind (16). Jeder absichtliche Eingriff des Staates kann weder durch ein öffentliches Interesse noch durch eine gesetzliche Grundlage legitimiert werden (17). Es führte indes zu weit, an dieser Stelle Tragweite und Grenzen dieser These näher zu untersuchen, befindet man sich doch unvermittelt im Problemkomplex der Todesstrafe, der Tötung im Krieg und des im Polizeirecht vieldiskutierten Todesschusses. Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei bildet Gegenstand der Dissertation von Thomas Hug, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen sei (18). Das Recht auf Leben wird bei den hier zu behandelnden Standardmassnahmen keine Rolle spielen.

13) BGE 98 Ia 514 E.4; J.P. Müller, Recht auf Leben, 460 ff.

14) BGE 104 Ia 39 f.; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 282 E.2a; Spoendlin, 36 ff.; M. Meyer, 48; Saladin, 95; Grisel, La liberté personnelle, 567 f.; Hug, 19 ff.

15) J.P. Müller, Recht auf Leben, 461; vgl. auch BGE 98 Ia 514; zur Relativierung dieser These vgl. hinten C 5.

16) J.P. Müller, Recht auf Leben, 460.

17) J.P. Müller, Recht auf Leben, 461.

18) Vgl. Thomas Hug, Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Diss. Zürich 1980.

b) Der Schutz der Bewegungsfreiheit

Ausserdem schützt die persönliche Freiheit den Bürger vor Eingriffen in die Freiheit, sich im Raum frei zu bewegen (19).

c) Die Bedeutung der EMRK

Die oben erwähnten Elemente der als ungeschriebenes Grundrecht anerkannten persönlichen Freiheit werden auch durch verschiedene Bestimmungen der EMRK gewährleistet. Der Schutz des Rechts auf Leben und der körperlichen Integrität ist in den Art. 2 (Recht auf Leben) (20), Art. 3 (Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe) (21) und Art. 4 (Verbot der Sklaverei, der Zwangs- und Pflichtarbeit) (22) verankert. Mit der Bewegungsfreiheit befasst sich allein Art. 5 EMRK (23). Verschiedene Autoren sehen vor allem in dieser Bestimmung eine wesentliche Ergänzung des bisherigen schweizerischen Rechts. Dabei heben sie die nach ihrer Auffassung weitergehenden formellen Garantien hervor (24). Gerade im Polizeirecht darf man aber die materiellen Vorbehalte für Freiheitsentziehungen, wie sie in Art. 5 I lit.a - f EMRK umschrieben sind, nicht ausser acht lassen. Die Erläuterungen über den polizeilichen Gewahrsam werden mit aller Deutlichkeit zeigen, dass manche kantonale Regelung nicht nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht, sondern auch was die Haftgründe anbelangt, nicht konventionskonform ist.

19) Vgl. die in FN 14 angeführte Judikatur und Literatur.

20) Wildhaber, Konvention, 514 f.

21) Wildhaber, Konvention, 516 ff.

22) Wildhaber, Konvention, 518 ff.

23) Trechsel, EMRK, 178 f.; Schubarth, EMRK, 466.

24) Trechsel, EMRK, 385 ff.; Schubarth, EMRK, 466 f. Eine Minderheit der Menschenrechtskommission (darunter Trechsel) vertrat im Fall Schiesser die Ansicht, dass die Anordnung der Untersuchungshaft durch den Zürcher Bezirksanwalt konventionswidrig sei (EuGRZ 1978 310 f.). Der EGMR ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat entschieden, dass der Zürcher Bezirksanwalt im konkreten Fall ein gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigter Beamter gemäss Art. 5 III EMRK ist (EuGRZ 1980 202 ff.). Ebenso schon Bischofberger, 211 f., 221; Hauser, Untersuchungshaft, 251 f.

Muss das Bundesgericht im Einzelfall oder im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle den Schutzbereich der persönlichen Freiheit festlegen, so hat es die einschlägigen Normen der EMRK zu berücksichtigen (25). "Die EMRK übernimmt und entwickelt Bestimmungen weiter, die zahlreiche Staatsverfassungen im Rahmen der Freiheitsrechte gewährleisten oder die Vertragsstaaten als ungeschriebenes Recht anerkennen. Die von der Konvention geschützten Rechte sind demnach in Verbindung mit den Individualrechten des geschriebenen oder ungeschriebenen schweizerischen Verfassungsrechts zu bestimmen" (26). Die Frage, ob ein Eingriff in die persönliche Freiheit gerechtfertigt ist, muss man daher nach der im ungeschriebenen Verfassungsrecht garantierten persönlichen Freiheit beurteilen, für deren Konkretisierung die Garantien der EMRK einzubeziehen sind (27).

25) BGE 105 Ia 29 E.2b; 104 Ia 40; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 381 E.2; 101 Ia 69 E.2c; vgl. auch die in FN 6 u. 7 zit. Literatur.

26) BGE 105 Ia 29 E.2b.

27) BGE 105 Ia 29 E.2b; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 284 E.2b; 101 Ia 69 E.2c.

2. Der Schutz der Entscheidungs- und Willensfreiheit sowie aller elementarer Erscheinungen der menschlichen Persönlichkeit

a) Im allgemeinen

Neben dem Recht auf Leben, der körperlichen Integrität und der Bewegungsfreiheit, die man unter dem Begriff der physischen Freiheit zusammenfasst (28), schützt die persönliche Freiheit darüber hinaus die Willens- und Entscheidungsfreiheit, d.h. die Fähigkeit des Bürgers, eine gegebene Lage zu würdigen und sich darnach zu verhalten, und ausserdem alle elementaren Erscheinungen der menschlichen Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der BV gewährleistet sind (29). Das Bundesgericht ging noch weiter und entschied, dass die persönliche Freiheit den Bürger auch in seiner Freiheit schütze, über seine Lebensweise zu entscheiden, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen (30). Hans Huber hat diese Ausweitung des Begriffs der persönlichen Freiheit, nicht aber die Ergebnisse dieser Rechtsprechung, stark kritisiert (31). Unser höchstes Gericht hat indessen die Gefahren des eingeschlagenen Weges erkannt und neuerdings festgestellt, dass die persönliche Freiheit nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit habe (32) und nicht jede noch so nebensächliche Wahl- und Betätigungsmöglichkeit schütze (33). Mit dieser Einschränkung ist die neue Praxis des Bundesgerichtes sehr zu begrüßen. Nur so können die Menschenwürde (34) und der Eigenwert des Individuums die notwendige verfassungsrechtliche Sicherung

28) BGE 100 Ia 193 E.3b; Trechsel, EMRK, 178.

29) BGE 104 Ia 39/40; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 303; 100 Ia 193 E.a; 99 Ia 509; 97 I 49 E.3b; 90 I 36.

30) BGE 104 Ia 299 E.2; 103 Ia 295 E.4a; 101 Ia 50 E.4; 97 I 842.

31) Hans Huber, Die persönliche Freiheit, 115 f.; a.M. J.P. Müller, Rechtsprechung 1971, 209 ff.; ders., Anwendung der EMRK, 375/376 FN 6.

32) BGE 102 Ia 325 E.3a; Saladin, 98.

33) BGE 101 Ia 346; J.P. Müller, Rechtsprechung 1971, 216.

34) BGE 97 I 50 nimmt auf die Menschenwürde ausdrücklich Bezug.

vor neuartigen Gefährdungen, wie Datenbanken, Minispionen und dgl. finden (35). Auch die Polizei wird zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf diese neuartigen technischen Hilfsmittel nicht verzichten können. Das Ueberwachen des Telefonverkehrs und das Abhören von Gesprächen mit Minispionen sind bekannte Massnahmen, mit denen sich auch schon das Bundesgericht zu befassen hatte (36). Der Computer wird der Polizei das Sammeln, Registrieren, Auswerten und Weitergeben von personenbezogenen Informationen wesentlich erleichtern und daher auch in diesem Teil der öffentlichen Verwaltung nicht mehr aufzuhalten sein (37). Man muss sich aber bewusst sein, dass damit in verfassungsmässige Rechte, insbesondere die Geheimsphäre, eingegriffen wird und dass dies nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung geschehen darf. Im folgenden soll nun untersucht werden, ob der Schutz der Entscheidungs- und Willensfreiheit sowie aller elementarer Erscheinungen der menschlichen Persönlichkeit auch die persönliche Privat- und Geheimsphäre erfasst.

- 35) J.P. Müller, Rechtsprechung 1971, 215; ders., Anwendung der EMRK, 375. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts hat eine überzeugende Rechtsfertigung erfahren durch Grisel, La liberté personnelle, 562 f. u. 567 ff. Ebenso Haller, 129 f.
- 36) Zur Telefonüberwachung vgl. BGE 101 IV 350 ff.; zum Abhören mit Minispionen vgl. BGE 100 Ib 13 ff. (= Pra. 63 (1974) 596 ff.); siehe auch das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 23. März 1979 (AS 1979 1170 ff.).
- 37) Botschaft SG, 16. Im Rahmen des KIS (Kriminalpolizeiliches Informationssystem) soll der Computer eingesetzt werden.

b) Der Schutz der persönlichen Privat- und Geheimsphäre im besonderen

aa) Der Begriff der persönlichen Privat- und Geheimsphäre

"Zur Geheimsphäre gehören die Tatsachen und Handlungen, die nach dem Willen der sie betreffenden Person der Kenntnis Dritter entzogen oder höchstens denjenigen Personen bekannt sein sollen, denen sie anvertraut werden. Die Privatsphäre wird aus Umständen gebildet, deren Kenntnis die betreffende Person grundsätzlich nur mit ihren Angehörigen, mit ihren Verwandten und Freunden, mit ihren Vertrauten teilen will" (38). Diese für das Privatrecht aufgestellte Definition ist auch im Verfassungsrecht anwendbar. Sie macht deutlich, dass das Recht auf die Unverletzlichkeit der Privat- und Geheimsphäre nicht allein durch die oben erwähnten technischen Einrichtungen verletzt werden kann, sondern auch durch herkömmliche Arten des Eindringens in diesen Bereich, wie z.B. durch Horchen an der Tür, Durchsuchen von privaten Effekten und Räumen (39) sowie Leibesvisitationen und Untersuchungen von Personen (40). Sogar die gewöhnliche polizeiliche Observation, d.h. die planmässige Beobachtung zum Zwecke der Erhebung personenbezogener Informationen, kann unter Umständen einen Eingriff in die Privatsphäre darstellen (41). Allein die Tatsache, dass die gewonnenen Daten gesammelt und verwertet werden, bewirkt den Eingriffscharakter dieser Massnahme (42). "Wo sich der Einzelne be-

38) Grossen, 369; vgl. auch BGE 97 II 100/101. Nach von Meiss, 60, der nicht zwischen Privat- und Geheimsphäre unterscheidet, lautet die Definition so: "Die persönliche Geheimsphäre ist der vom Inhalt her eng mit einem Menschen verbundene Bereich, der die Summe all dessen darstellt, was der Kenntnis jener Dritter entzogen ist, die nach dem Willen, oder falls ein relevanter Wille fehlt oder nicht feststellbar ist, nach dem objektiv zu ermittelnden Geheimhaltungsinteresse dieses Menschen von der Kenntnis ausgeschlossen sein sollen".

39) Von Meiss, 102.

40) Partsch, 183; Rieder, 168/169; Battaglia, 125.

41) Bejahend AE, 54 N 3.

42) Riegel, Entwicklungstendenzen, 19; Hoffmann-Riem, Abbau, 336.

wusst wird, dass über seine Reaktionen in vielen Fällen Buch geführt wird, da kann sich schliesslich das Individualverhalten ändern, kann das natürliche Auftreten einer misstrauischen Zurückhaltung weichen" (43).

bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

aaa) Zum Schutz der Geheimsphäre

In BGE 102 Ia 516 ff. (= Pra. 66 (1977) 488 ff.) hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob die Beschlagnahme von Akten eines der Urkundenfälschung beschuldigten Notars zulässig sei. Das Bundesgericht prüfte den Fall u.a. auch unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Geheimsphäre und stellte fest, dass das Recht auf Schutz der persönlichen Geheimsphäre, dessen Verletzung der Beschwerdeführer allerdings unter Berufung auf die Art. 27/28 ZGB geltend machte, seinem wesentlichen Inhalte nach zu den elementaren Rechten der Persönlichkeit gehöre (44). Allerdings hat das Bundesgericht die persönliche Geheimsphäre erst im Umfang der strafrechtlich erfassten Berufsgeheimnisse dem Schutz der Verfassung unterstellt. Selbst innerhalb dieses eng gezogenen Kreises sollen nur die wichtigsten Auswirkungen der Berufsgeheimnisse durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit gedeckt sein (45). Eine Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Schutzes ist aber angezeigt.

43) Forstmoser, 220.

44) Pra. 66 (1977) 490 E. 3b; Egger, Kommentar zum ZGB, Art. 28 N 40; J.P. Müller, Grundrechte, 158; Bersier, 46 f.; Saladin 97 f.; 418; Oberhänsli, 89 f.; Hans Huber, Die persönliche Freiheit, 115; Forstmoser, 226/227; ders., Ein schweizerisches Datenschutzgesetz?, NZZ vom 8./9. Juni 1978, Nr. 156, S. 31; Grisel, La liberté personnelle, 568 f.

45) Pra. 66 (1977) 490 E.b.

In ihrem Bericht über die parlamentarische Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre (46) hebt die nationalrätliche Kommission deutlich hervor, dass das zu erlassende Gesetz, welches die Voraussetzungen der Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich umschreibt, die Wahrung des Grundrechtes der persönlichen Freiheit zu garantieren habe (47). Im Bericht heisst es: "Der Entwurf bringt einen Ausgleich zwischen Sicherheits- und Staatsschutzaufgaben der Behörden und dem g r u n d r e c h t l i c h e n Anspruch des Einzelnen auf Schutz der persönlichen Geheimsphäre" (48). Weiter ist zu lesen: "Das Recht auf den persönlichen Geheimbereich ist Ausdruck der Ueberzeugung, dass der Einzelne sich nur dann zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, wenn ihm hiefür ein freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staat sowie vor den anderen Einzelnen gewährleistet wird. Es gehört zu jenen Rechten, die in einer freiheitlichen Rechtsordnung dem einzelnen Menschen um seiner Persönlichkeit willen zustehen" (49).

In der nationalrätlichen Beratung äusserte sich Aubert als Berichterstatter (50): "La liberté personnelle n'est pas seulement le droit à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté de mouvement. C'est aussi le droit à l'intégrité spirituelle et morale; c'est le droit à l'intimité, c'est-à-dire le droit à ce que certains de nos comportements ne soient connus que de nous et de ceux à qui nous voulons biens les faire connaître". Auch andere Redner vertraten die Auffassung, dass die persönliche Geheimsphäre Bestandteil der persönlichen Freiheit darstelle (51).

46) BB1 1976 I 529 ff.

47) BB1 1976 I 529; vgl. auch die verschiedenen Voten in der Debatte des Nationalrates, StenBull NR 1977 I 467 ff.

48) BB1 1976 I 530.

49) BB1 1976 I 564.

50) StenBull NR 1977 I 469.

51) StenBull NR 1977 I 473, Voten Cavelty und Gerwig.

Wahrscheinlich ist es nur noch eine Frage der Zeit, bis solche Worte aus Lausanne vernehmbar sind. Eine Rechtsprechung, die den persönlichen Geheimbereich auch ausserhalb der strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnisse verfassungsrechtlich sichern würde, wäre nichts anderes als die logische Fortführung der bisherigen Praxis zur persönlichen Freiheit. Denn unbestrittenermassen stellt der Freiraum vor staatlichen Eingriffen in die persönliche Geheimsphäre eine elementare Erscheinung der menschlichen Persönlichkeit dar, welche das Grundrecht der persönlichen Freiheit sichert (52).

Das Hausrecht und das in Art. 36 IV BV verankerte Post- und Telegrafengeheimnis, das heute auch für den Telefonverkehr gilt (53), garantieren nur Teilbereiche der persönlichen Geheimsphäre. Es ist aber Aufgabe des Verfassungsrechts, den Intimbereich des Menschen gegen jede Art von neuen Eingriffsmöglichkeiten zu schützen. Es geht hier darum, das mit dem Recht auf Leben zusammen höchste Rechtsgut der Menschenwürde verfassungsrechtlich umfassend zu gewährleisten. Die oben erwähnten punktuellen Garantien reichen nicht aus, um den neuesten technischen Errungenschaften wirkungsvoll begegnen zu können. In der Tat steht die Menschenwürde, zu der sich das Bundesgericht ausdrücklich bekannt hat (54), auf dem Spiel, wenn sich andere gegen oder ohne den Willen des Betroffenen fremder Persönlichkeitswerte bemächtigen und über sie nach ihrem Belieben verfügen würden (55). Zu diesen Persönlichkeitswerten sind beispielsweise private Gespräche, persönlich zugestellte Briefe, Tagebücher (56) usw. zu zählen.

Zur Wahrung der für die Würde und Entfaltung des Menschen unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Geheimsphäre muss sich

52) Egloff, 356 f.; Schucan, 1, 5; von Meiss, 151 f.

53) BB1 1976 I 548; Hans Huber, Geheimnis, 165 ff.

54) BGE 97 I 50.

55) Schorn, 245; ähnlich Mastronardi, 194 f., der bei Eingriffen in die persönliche Geheimsphäre von einer Verletzung der Menschenwürde spricht.

56) Hans Huber, Schlussbericht Wahlen, 141; Peter, Ermittlungen, 37.

jeder Bürger auf die Verfassung berufen können (57). Die dem Grundrecht der persönlichen Freiheit zukommende Komplementärfunktion, - J.P. Müller spricht von einer "Generalklausel des Persönlichkeitssschutzes" auf Verfassungsstufe (58) -, erweist sich hier trotz der heftigen Kritik Hubers (59) als sehr fruchtbar, ohne dass damit ein Abgleiten der persönlichen Freiheit zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit verbunden wäre.

bbb) Zum Schutz der Privatsphäre

In BGE 104 Ia 40 f.- lehnte es das Bundesgericht ab, die Privatsphäre verfassungsrechtlich zu gewährleisten. Die Beschwerdeführerin, Mutter eines in der Untersuchungshaft an einem diabetischen Koma gestorbenen Häftlings, machte geltend, dass die Aufzählung der ihrem Sohn zur Last gelegten Delikte in der Anklageschrift gegen den Gefängnisarzt, welcher der fahrlässigen Tötung beschuldigt wurde, eine Verletzung der Persönlichkeitssphäre und damit des verfassungsmässigen Rechts der persönlichen Freiheit darstelle (60). Das Gericht führte unter Berufung auf einen früheren Entscheid (BGE 100 Ia 194 f.) aus, eine derartige Ausweitung sei unannehmbar, weil nicht jeder Eingriff in die Persönlichkeit eine Berufung auf die persönliche Freiheit rechtfertige (61).

Für den im Resultat richtigen Entscheid, dass keine Verletzung der persönlichen Freiheit vorliege, hätte sich das Bundesgericht gar nicht auf die Privatsphäre beziehen müssen. Zu Recht bemerkt es, dass im vorliegenden Fall die Ehre des verstorbenen Sohnes und mittelbar auch die der Beschwerdeführerin angegriffen sei (62).

57) Von Meiss, 151 ff., insbesondere 151/152, 160 ff.; Egloff, 356 f.

58) J.P. Müller, Rechtsprechung 1971, 223.

59) Hans Huber, Die persönliche Freiheit, 113 ff.

60) BGE 104 Ia 39 E.5.

61) BGE 104 Ia 40, unter Hinweis auf die abweichende Auffassung Saladins, vgl. Saladin, 97.

62) BGE 104 Ia 41 oben.

Die Ehre ist aber ein von der Privatsphäre verschiedenes Rechtsgut (63) und genießt keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Der Hinweis auf Art. 28 ZGB (64) ist insofern richtig, als die Beschwerdeführerin bei Ehrverletzungen den privatrechtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen muss, wenn der verfassungsrechtliche versagt. In diesem Fall musste ihr der Grundrechtsschutz verwehrt bleiben, weil von einer verfassungsrechtlich relevanten Verletzung der Privatsphäre nicht die Rede sein konnte.

In den höchstrichterlichen Erwägungen fehlen Ausführungen über Bedeutung und Tragweite von Art. 8 EMRK, der wie andere Bestimmungen des Staatsvertrages das ungeschriebene Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit konkretisiert (65). Obwohl die Beschwerdeführerin Art. 8 EMRK nicht angerufen hatte, hätte das Bundesgericht die Frage der Konventionsverletzung wie schon in früheren, unveröffentlichten Urteilen von Amtes wegen prüfen sollen (66). Im Fall Klass führte der EGMR aus, dass die in Art. 8 II EMRK aufgezählten Schranken eng auszulegen seien (66a).

63) Grossen, 370.

64) BGE 104 Ia 40/41.

65) J.P. Müller, Rechtsprechung 1971, 214, vertritt die Auffassung, dass neben den Art. 4 u. 5 auch andere Bestimmungen der Konvention bei der weiteren Konkretisierung der persönlichen Freiheit nicht übergangen werden dürfen, ohne allerdings Art. 8 ausdrücklich zu erwähnen; von Meiss, 163 f.; Schucan, 2.

66) Trechsel, Erfahrungen, 463-465.

66a) EuGRZ 1979 287 f., insbesondere E. 42.

c) Das Recht auf Privat- und Geheimsphäre als selbständiges verfassungsmässiges Recht?

Die eben dargelegten Ueberlegungen lassen den Schluss zu, dass der Schutz der persönlichen Privat- und Geheimsphäre durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet ist. Deshalb besteht keine Notwendigkeit, ein entsprechendes selbständiges ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht aus der BV abzuleiten, auch wenn der Nachweis vielleicht erbracht werden könnte, dass die Unverletzlichkeit der Privat- und Geheimsphäre im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen "unentbehrlichen Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes" darstellt (67). Eine neue Bundesverfassung sollte hingegen die Privat- und Geheimsphäre ausdrücklich garantieren (68).

C. Die Voraussetzungen für die Beschränkungen der persönlichen Freiheit

1. Allgemeines

Das Bundesgericht hat in einer immer wiederkehrenden Formel die Eingriffsvoraussetzungen wie folgt umschrieben: "Die Garantie der persönlichen Freiheit schliesst Beschränkungen der geschützten Fähigkeiten und Tätigkeiten nicht aus. Solche sind jedoch nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen. Zudem darf die persönliche Freiheit weder völlig unterdrückt noch ihres Gehaltes als fundamentale Institution der Rechtsordnung entleert werden" (69).

67) Z.B. BGE 96 I 223/224.

68) Hans Huber Schlussbericht Wahlen, 141; Entwurf für eine neue BV Art. 10 III; Bericht der Kommission Furgler, 38; Schucan, 2.

69) Vgl. dazu BGE 104 Ia 41 E.5b; 103 Ia 171 E.2; 102 Ia 522 E.4; 99 Ia 267; 98 Ia 308; 97 I 50; 95 I 240 f.

2. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss die Einschränkung verfassungsmässig gewährleisteter Grundrechte grundsätzlich in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein (70). Das ist aber nicht etwa so zu verstehen, dass eine Verordnung keine genügende Rechtsgrundlage darstellen würde, sondern nur so, dass das materielle Gesetz, welches den Eingriff vorsieht, sich auf eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Delegationsnorm (71) stützen können muss (72). Ein Gesetz im materiellen Sinne, welches sich auf keine klare Verfassungs- oder Gesetzesdelegation berufen kann, ist hingegen für eine Freiheitsbeschränkung keine genügende Gesetzesgrundlage (73). Hat demnach der ordentliche Gesetzgeber die im zweiten Teil dieser Arbeit zu behandelnden Zwangsmassnahmen geregelt, so erübrigen sich weitere Ausführungen in bezug auf die Form des Erlasses. Hat er hingegen diese Aufgabe einer anderen Instanz (Parlament, Exekutive) überlassen, so müssen nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sein:

Die Delegation rechtsetzender Befugnisse an Verwaltungsbehörden ist zulässig, wenn sie durch das kantonale Recht nicht ausgeschlossen wird, wenn sie auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt wird und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, soweit sie die Rechtsstellung des Bürgers schwerwiegend berührt, und wenn sie

70) BGE 104 Ia 310 E.c; 103 Ia 376 E.3a, 404 E.6b; Bersier, 67; Schubarth, Abhörgeräte, 15; Jost, 82 und die dort in FN 464 zit. Autoren; Futterlieb, 37; J.P. Müller, Rechtsprechung 1977, 116.

71) BGE 104 Ia 310 E.c; 103 Ia 376 E.3a, 404 E.bb; Aubert, Festschrift Kägi, 15.

72) Aubert, Festschrift Kägi, 15; Aubert II, 637 f. N 1771; J.P. Müller, Rechtsprechung 1977, 116; Futterlieb, 37. Für die Eigentumsgarantie vgl. BGE 98 Ia 591 E.3b, 592 E.3d.

73) Futterlieb, 37/38.

in einem der Volksabstimmung unterliegenden Gesetz enthalten ist (74). Die Delegationsnorm muss Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung bestimmen (75).

Allerdings sind diese Voraussetzungen weniger streng, wenn es sich um eine Uebertragung rechtsetzender Befugnisse an das kantonale Parlament und nicht an eine vollziehende Behörde handelt (76). Ob und gegebenenfalls inwieweit eine solche Delegation zulässig ist, lässt sich mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der kantonalen Verfassungsrechte nicht generell beantworten (77). Deshalb sei an dieser Stelle auf die Ausführungen betreffend die gesetzliche Grundlage bei den einzelnen Standardmassnahmen verwiesen.

Die gesetzliche Grundlage muss überdies klar und eindeutig sein (78), wobei das Bundesgericht diese Voraussetzung nicht immer gleich umfassend prüft. Bei "schweren" Eingriffen ist seine Prüfungsbefugnis frei, während bei "weniger schweren" oder leichten die Kognition auf Willkür beschränkt bleibt (79). Nicht "schwere" Eingriffe lassen sich aus diesem Grund möglicherweise auf eine zweifelhafte gesetzliche Grundlage stützen.

Gerade im Polizeirecht ist vielleicht die Versuchung gross, an die gesetzliche Grundlage keine hohen Anforderungen zu stellen und

74) BGE 104 Ia 310 E.c; 103 Ia 374-376 E.3a u. 3b; 102 Ia 64 E.2; 460 E.b; 100 Ia 66 E.2a, 101 E.5d; 99 Ia 542.

75) BGE 103 Ia 376 E.3a; 98 Ia 592.

76) BGE 102 Ia 460 E.b; 100 Ia 68; 99 Ia 542 E.b, 543.

77) BGE 99 Ia 543.

78) BGE 99 Ia 412; Saladin, 104, 367, 371, 162 ff.; Renfer, 54 ff.; Hutzli, 150 f.; Hug, 29; Futterlieb, 39.

79) BGE 102 Ia 519 E.b = Pra. 66 (1977) 449 E.2b; 101 Ia 53 E.7; 219 E.4, 351 E.4h, 578 E.3a; 99 Ia 250 E.2; 97 I 51 f.; 91 I 332; Saladin, 165, 371; Renfer, 59 ff.; Imboden/Rhinow I 361 f.; Futterlieb, 41; Marti, Ziff. 294.

sich allzu schnell in die entweder formell festgehaltene oder kraft Gewohnheitsrecht geltende allgemeine Ermächtigungsklausel zu flüchten. Die Notwendigkeit und die praktische Bedeutung der polizeilichen Generalklausel als Eingriffsgrundlage soll keineswegs bestritten werden, weil der Gesetzgeber nicht sämtliche künftigen Gefahren und alle von der Polizei zu treffenden Massnahmen im einzelnen voraussehen und kasuistisch regeln kann (80). Ebenso unbestritten ist aber die Forderung nach einer ausreichenden gesetzlichen Regelung der in der Praxis schon längst bekannten Standardmassnahmen (81). In einigen Kantonen ist dies schon geschehen (82). Nach Auffassung von Hans Huber liegt die Polizeigesetzgebung in der Schweiz aber noch arg im Rückstand (83). Beruft man sich für eine Massnahme mangels gesetzlicher Grundlage auf die Generalklausel, so muss die öffentliche Ordnung schwer, direkt und unmittelbar gefährdet oder gestört sein (84). Ueberdies muss ein Zustand zeitlicher Dringlichkeit gegeben sein, in dem die ordentliche Gesetzgebung als Abwehrmittel versagen müsste (85). Gerade diese Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, wenn man bekannten oder voraussehbaren Gefahren mit Mitteln und Massnahmen begegnet, welche die Praxis seit geraumer Zeit herausgebildet hat und daher nicht neu sind, zumal die Zwangsmittel des Strafprozessrechts schon längst eine entsprechende Regelung durch den ordentlichen Gesetzgeber erfahren haben.

Weniger strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gelten für Freiheitsbeschränkungen, wenn sich der Betroffene in einem

80) Botschaft SG, 6; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 40.

81) Botschaft SG, 7.

82) Vgl. z.B. SG, Polizeigesetz vom 27. Februar 1980; VD, Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975. Im Kanton ZH wird zur Zeit ein neues Polizeigesetz ausgearbeitet, in welchem die Standardmassnahmen ausführlich geregelt werden sollen.

83) Hans Huber, Polizeigewalt, 238; ders., Schlussbericht Wahlen, 94.

84) BGE 103 Ia 312; Imboden/Rhinow II, 990 und dort zit. Judikatur; Aubert, Festschrift Kägi, 16.

85) BGE 103 Ia 312; Imboden/Rhinow II, 990.

besonderen Rechtsverhältnis zum Staat befindet (86). In einem besonderen Rechtsverhältnis stehen beispielsweise festgenommene oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzte Personen (87). Die Voraussetzungen für die Begründung des freiheitsentziehenden Grundverhältnisses müssen zwar in einem formellen Gesetz verankert sein (88). Hingegen lässt es sich verfassungsrechtlich nicht beanstanden, wenn die mit dem Vollzug der Freiheitsentziehung verbundenen Beschränkungen der Freiheit (z.B. Durchsuchung der festgenommenen Person und der von ihr mitgeführten Sachen) nicht in einem formellen Gesetz vorgesehen sind (89). Es sind jedoch nur solche Beschränkungen zulässig, die sich durch den Zweck der Freiheitsentziehung sachlich begründen lassen.

3. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses

Freiheitsrechte dürfen - wenn überhaupt - nur beschränkt werden, wenn ein legitimierendes öffentliches Interesse vorliegt (90). Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als Beweggrund polizeilichen Handelns liegt ohne Zweifel im öffentlichen Interesse (91). Das öffentliche Interesse umfasst indes noch weitere Bereiche als nur die öffentliche Ordnung (92), auf die hier nicht einzutreten ist. Die Fragen, inwieweit der Schutz privater Ansprüche, wozu die Zivilgerichte berufen sind, und der Schutz vor sich selbst mit dem Begriffsmerkmal "öffentlich" vereinbar sind, sollen in dieser Arbeit nur am Rande berührt werden.

86) BGE 103 Ia 293, 295; 99 Ia 262, 267 E.III/2, 269; Aubert, Festschrift Kägi, 17.

87) BGE 99 Ia 267 E.III/2.

88) BGE 103 Ia 295; 99 Ia 269; Aubert, Festschrift Kägi, 17.

89) Vgl. FN 88.

90) Statt vieler Imboden/Rhinow I, 334; Felix Bernet, Das öffentliche Interesse als Grundlage der Verwaltungstätigkeit, in: SJZ 72 (1976) 217 ff.

91) Imboden/Rhinow I und II, 334, 872; Jost, 50.

92) Imboden/Rhinow II, 872; Jost, 50 und die dort in FN 259 zit. Autoren.

Der Schutz vor sich selbst kann ein Grund für den polizeilichen Gewahrsam, die Wahrnehmung privater Interessen ein Motiv für die Personenfeststellung oder die Beschlagnahme sein. In den entsprechenden Kapiteln ist darauf zurückzukommen.

4. Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt bei jedem Eingriff in die Freiheit von Privaten (93) und gliedert sich in drei Elemente: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (94).

Das Gebot der Geeignetheit ergibt sich aus der Anforderung, dass die fragliche Massnahme das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks darstellen muss (95). Es geht dabei um die Zwecktauglichkeit der Massnahme.

Das Erfordernis der Notwendigkeit oder Erforderlichkeit verlangt die Auswahl der in personeller, zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht mildesten Anordnung zur Erreichung des polizeilichen Zwecks (96). Man spricht auch etwa von Zweckangemessenheit (97). Das Mitnehmen einer Person auf den Polizeiposten, um dort die Identität festzustellen, obwohl dies auch an Ort und Stelle hätte geschehen können, erscheint deshalb als unverhältnismässig und mithin rechtswidrig.

Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zielt im Rahmen einer Güterabwägung auf die Frage nach der Legitimität des Zwecks ei-

93) Imboden/Rhinow I, 345; ZBl 76 (1975) 164.

94) Imboden/Rhinow I, 341 ff. und dort zit. Judikatur; Hans Huber, Verhältnismässigkeit, 27 f.; Zimmerli, 13.

95) Imboden/Rhinow I, 341 f. und dort zit. Judikatur und Literatur; Hotz, 19 f.; Zimmerli, 13 f. mit Hinweisen.

96) Zimmerli, 14; Hotz, 20; Imboden/Rhinow I, 342 ff.

97) Zimmerli, 14.

nes Eingriffes. Es wird geprüft, ob eine den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechende Massnahme ausser Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Nachteilen beim Betroffenen steht. Man untersucht also die Beziehung zwischen Eingriffswirkung und Eingriffszweck (98).

5. Die Wesensgehaltsgarantie

Die Wesensgehaltsgarantie bezeichnet einen unantastbaren Kern der Grundrechte (99). Eine im öffentlichen Interesse liegende Beschränkung der persönlichen Freiheit, die sich auf eine gesetzliche Grundlage stützt und dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit genügt, kann gleichwohl verfassungsmässig untragbar sein (100), wenn dadurch die persönliche Freiheit völlig unterdrückt oder ihres Gehaltes als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleert wird (101). Allerdings sollte man sich vor der Vorstellung eines abstrakten, absoluten, über Ort und Zeit erhabenen und unverrückbaren Kernbereichs hüten (102). Die Wesensgehaltsgarantie hat vielmehr eine institutionelle Bedeutung (103). Unter Wesensgehaltsgarantie ist die "unbedingte Forderung zu verstehen, auch angesichts ganz elementarer Gemeinschaftsbedürfnisse den Einzelmenschen in seinem Eigenwert zu achten und jedes staatliche Handeln soweit nur möglich an den elementaren Erfordernissen der Persönlichkeitsentfaltung, wie sie in den einzelnen Grundrechten Gestalt gefunden haben, auszurichten" (104). Bei jeder staatli-

98) Zimmerli, 16 f.; Hotz, 21; Imboden/Rhinow I, 344.

99) J.P. Müller, Rechtsprechung 1977, 118.

100) Futterlieb, 44.

101) BGE 102 Ia 283 E.2a, 304 E.1a; 99 Ia 267 E.II mit Hinweisen, 412 E.4, 749 E.2.

102) Hotz, 56; ähnlich J.P. Müller, Grundrechte, 103-105.

103) Saladin, 459, lehnt diese These ab.

104) J.P. Müller, Grundrechte, 105.

chen Tätigkeit, insbesondere der polizeilichen (105), ist also der Wert der einzelnen Persönlichkeit gegenüber den existentiellen Interessen des Staates stets abzuwägen (106). Der Gedanke des Abwägens zwischen dem Wert der einzelnen Persönlichkeit und den staatlichen Interessen, zu welchen die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung zweifelsohne gehört, macht die enge Verwandtschaft mit dem dritten Element des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sehr deutlich (107). Diese Betrachtungsweise bedeutet zweierlei: Einerseits sind der Wesensgehaltsgarantie desto engere Grenzen gesetzt, je bedeutsamer der Zweck des staatlichen Handelns ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist der gezielte Todesschuss zur Befreiung von Geiseln als ultima ratio mit der Verfassung vereinbar (108). Andererseits muss der Rechtsstaat in Kauf nehmen, dass nicht jede Gefahr bekämpft oder jede Störung beseitigt wird, weil bei der Güterabwägung die privaten Interessen schwerer wiegen können und weil der Verlust an Freiheitlichkeit für alle zu hoch wäre (109). Besonders aktuell wird die Problematik der Wesensgehaltsgarantie bei gewissen Untersuchungsmethoden im Strafprozessrecht (110) und bei polizeilichen Abhörmassnahmen (111). Zu weit gefasste gesetzliche Ermächtigungen zum Eingriff in die Privatsphäre wären verfassungswidrig (112).

- 105) A.M. Hans Huber, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1961, ZBJV 98 (1962) 344; Saladin, 245.
- 106) J.P. Müller, Grundrechte, 104; Hotz, 57.
- 107) Zimmerli, 17; a.M. Saladin, 459, welcher die Wesensgehaltsgarantie vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz klar abhebt, um erstere durch eine Gleichsetzung nicht zu relativieren.
- 108) Bejahend Haller, 137 FN 83; a.M. AE, S. XI und 158 ff.; zum Stand der Kontroverse vgl. Thomas Hug, Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Diss Zürich 1980, 151-159.
- 109) Hoffmann-Riem, Abbau, 335.
- 110) Vgl. dazu Jürg Rüsch, Ueber die Recht- und Zweckmässigkeit des Polygraphen, Diss Zürich 1971.
- 111) Noll, Ueberwachung, 60.
- 112) Noll, aaO.

II. Das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung

A. Die verfassungsrechtliche Grundlage

Heute enthalten mit Ausnahme der Stände Tessin und Glarus alle Kantonsverfassungen eine ausdrückliche Garantie dieses Grundrechtes (113). Das Hausrecht figuriert nicht im Freiheitsrechtskatalog der Bundesverfassung und ist von der Rechtsprechung bis anhin auch nicht als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes anerkannt worden. Der Grund dafür liegt in der Affinität des Hausrechtes zum kantonalen Aufgabenbereich, wozu das Polizei- und Strafprozessrecht, als Hauptanwendungsgebiete der Eingriffe in das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung, zu einem grossen Teil heute noch gehören (114).

Obwohl es das Bundesgericht noch nicht ausgesprochen hat, kommt dem Hausrecht der Rang eines ungeschriebenen Verfassungsrechtes des Bundes zu (115). Gleich wie bei der persönlichen Freiheit ist das Hausrecht Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte und bildet ebenso einen unentbehrlichen Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes (116). Im übrigen ist das Hausrecht in Art. 8 EMRK zusammen mit anderen Individualrechten, welche ebenso die Privatsphäre schützen, ausdrücklich angeführt (117), so dass sich jeder Bürger direkt auf die Konvention zu berufen vermag (118).

113) Steiner, 37 f.

114) Steiner, 39; Hans Huber, Probleme, 103 FN 5.

115) Zuppinger, 42; Steiner, 40 oben; Aubert II, 771 N 2209; Junod, 69; Hans Huber, Schlussbericht Wahlen, 139; von Meiss, 155. In BGE 81 I 127 ff. und in BGE 96 I 437 ff. beurteilte das Bundesgericht die Verletzung des Hausrechtes nur nach kantonalem Recht. Ebenso das Zürcher Obergericht in: SJZ 57 (1961) 154 ff.

116) BGE 100 Ia 400; 99 Ia 692/693; 96 I 223/224, 107; 89 I 98 E.3; Fleiner/Giacometti, 245.

117) Junod, 65 ff.; von Meiss, 163 f.; Schorn, 247 f.

118) Hauser, Lehrbuch, 179.

B. Inhalt des Hausrechts

"Unter Hausrecht versteht man das Recht des Inhabers (des dinglich, obligatorisch oder kraft eines öffentlichen Verhältnisses Berechtigten (119)) einer Wohnung, eines Hauses oder von Geschäftsräumen, im Rahmen der aus polizeilichen Gründen statuierten allgemeingültigen Normen (...) sowie allfällig vertraglicher Regelungen die Räume frei zu benützen und insbesondere Dritten den Zutritt nach eigenem Gutdünken zu gestatten oder zu verwehren" (120). Das Hausrecht bewahrt den Einzelnen vor staatlichen Störungen seiner Privatsphäre im umbauten Raum (121), in dem sich der Mensch dauernd oder vorübergehend aufhält, oder den er zu irgendeiner Tätigkeit benützt und der ihm zur freien und ungestörten Lebensbetätigung vorbehalten bleiben soll. Man kann von einem noch näher zu begrenzenden räumlichen Schutz der Privatsphäre vor Massnahmen wie dem Betreten und Durchsuchen von Räumen durch staatliche Organe sprechen (122). Neben privaten Wohnungen, Geschäftsräumen (123) und Fabrikanlagen (124) schützt das Hausrecht auch bewohnte Campingwagen, Schiffe und Zelte (125) sowie Hotelzimmer (126) und Räume von Privatclubs.

Fraglich ist, ob die für die Öffentlichkeit zugänglichen Lokale wie Restaurants, Verkaufsläden und Warenhäuser den Schutz des Hausrechts geniessen. Unbestrittenermassen sind diese Orte ausser-

119) Steiner, 57.

120) Von Meiss, 155. Mit allgemeingültigen polizeilichen Normen sind nachbarrechtliche Vorschriften, Zonen- und Bauordnungen und generell alle dem Immissionenschutz dienende Vorschriften gemeint. (Vgl. von Meiss, 155 FN 10).

121) BGE 96 I 441; SJZ 57 (1961) 156; Steiner, 57, 68 oben, 75.

122) Steiner, 57.

123) Weber, 6 f.; Steiner, 56; Rieder, 155; Ulrich 77 f.

124) Ulrich, 77; Hauser, Lehrbuch, 179.

125) Weber, 6; Schütz, 70; Steiner, 57; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 93.

126) Weber, 7; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 93.

halb der Oeffnungszeiten gegen jede Art von Eingriffen grundrechtlich geschützt. Die während eines bestimmten Zeitraumes gewährte allgemeine Zutrittsmöglichkeit schliesst das Recht ein, sich innerhalb des sog. öffentlichen Raumes überall hinbegeben zu dürfen. Hinter dem Ladentisch oder der Theke einer Bar oder eines Restaurants hört aber das allgemeine Zutrittsrecht auf, obwohl sich diese Stellen in einem öffentlichen Lokal befinden. Auch die Polizei hat diese Schranken zu beachten. Zudem hat der Inhaber oder Besitzer einer Gaststätte unter Umständen das Recht, Personen aus irgend einem Grund aus dem Lokal zu weisen, nachdem er ihre Bestellung erledigt hat (127). Auf dieses Problem ist jedoch hier nicht näher einzutreten, spricht doch noch ein anderes Argument für die Notwendigkeit zumindest eines teilweisen Hausrechtsschutzes für öffentliche Räumlichkeiten.

Neben den vorn erwähnten räumlichen und zeitlichen Schranken des öffentlichen Zuganges existieren auch noch solche, die sich auf die Art und Intensität des Eingriffs beziehen. Der öffentliche Charakter eines Verkaufsladens oder eines Restaurants beispielsweise gestattet ein ungehindertes Betreten und ein mit dem Zweck des Besuchs verbundenes Benützen dieser Räume (128). Die Polizei darf aber deswegen noch lange nicht zu Hausdurchsuchungen schreiten (129).

Dieser sehr massive Eingriff macht die Beachtung von besonderen Verfahrensvorschriften erforderlich, welche Ausfluss des verfassungsmässigen Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung sind und dessen Inhalt auf Gesetzesstufe konkretisieren. Wären die fraglichen Räume nicht vom Hausrecht erfasst (130), so hätte die Poli-

127) Um diese Frage abschliessend zu beantworten, müsste man die verschiedenen kantonalen Gastwirtschaftsgesetze konsultieren.

128) AE, 94 f. N 5; das Betreten stellt demnach gar keinen Eingriff dar.

129) Sigrist, Identitätsfeststellung, 401; Heise/Riegel, 79, Ziff. 1 zu § 19; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 13 GG N 8 f., die die fraglichen Räume vom Hausrecht ausnehmen.

130) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, aaO.

zei bei Hausdurchsuchungen zum Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keine besonderen Vorschriften zu respektieren.

Das Hausrecht muss aber im Polizeirecht gleichermassen geschützt werden wie im Strafverfahrensrecht (131).

Die weniger strengen Vorschriften über die Durchsuchung von Sachen (132) werden dem Schutzbedürfnis des Bürgers als Inhaber von Gaststätten, Ausstellungsräumen usw. nicht gerecht. Gegen den schärfsten Eingriff, die Hausdurchsuchung, muss er sich auf das Hausrecht berufen können.

C. Schranken des Hausrechts

An dieser Stelle sei auf die entsprechenden Ausführungen (133) im Kapitel über die persönliche Freiheit verwiesen.

131) BS StPO 64 II, wonach uneingefriedete Grundstücke ohne Beschränkung betreten werden dürfen. Für "besondere Durchsuchungsmassnahmen (Eröffnungen von Behältnissen, Grabungen und dgl.)" finden jedoch die Vorschriften über die Hausdurchsuchung Anwendung.

132) Vgl. z.B. Art. 30 SG PolG.

133) Vgl. vorn I C.

III. Die Eigentumsgarantie

A. Verfassungsrechtliche Grundlage und Inhalt

Das Eigentum ist in Art. 22ter BV gewährleistet. Die Eigentums-
garantie setzt sich aus zwei Elementen zusammen (134).

Die Institutsgarantie schützt das Eigentum in seinem Wesensgehalt.
Beschränkungen, die das Eigentum als fundamentale Einrichtung der
schweizerischen Rechtsordnung aushöhlen oder beseitigen, halten
vor der Institutsgarantie nicht stand. Die wesentlichen, sich aus
dem Eigentum ergebenden Verwaltungs- und Nutzungsrechte müssen
stets gewahrt bleiben (135).

Die Bestandesgarantie schützt die konkreten, individuellen Eigen-
tumsrechte (136) und erfasst alle vermögenswerten Privatrechte
und die sogenannten wohlerworbenen Rechte (137).

Zu den eigentumsbeschränkenden Standardmassnahmen gehören die Be-
schlagnahme bzw. die Sicherstellung, die Verwertung und Vernich-
tung von gefährlichen Gegenständen.

B. Schranken der Eigentumsfreiheit

An dieser Stelle genügt ein Hinweis auf die entsprechenden Aus-
führungen im Kapitel über die persönliche Freiheit (138).

134) Aubert II, 758 N 2172; Grisel, Droit administratif, 358 f.

135) BGE 103 Ia 418 E.2; Imboden/Rhinow II 870; Aubert II, 759 N 2175; Gri-
sel, Droit administratif, 358.

136) BGE 103 Ia 419; 96 I 559; Aubert II 758 N 2173; Grisel, Droit administra-
tif, 358 f.; Imboden/Rhinow II, 870.

137) Imboden/Rhinow II, 870; Grisel, Droit administratif, 358 f.; Aubert II,
758 N 2173.

138) Vgl. vorn I C.

2. Teil

DIE EINZELNEN ZWANGSMASSNAHMEN

§ 5 Die Personenfeststellung

I. Begriff

A. Die Personenfeststellung im allgemeinen

Die Personenfeststellung ist die Bestimmung der Identität einer unbekannten Person. Sie umfasst auch die Prüfung, ob eine Person mit einer gesuchten identisch ist (1). In der Literatur und der Gesetzgebung sind auch die synonymen Bezeichnungen Identitätsfeststellung (2), Feststellung der Personalien (3), Personenkontrolle (4) und Passantenkontrolle (5) anzutreffen.

B. Die Razzia im besonderen

Darunter ist eine Massenfahndung oder eine Sammelkontrolle zu verstehen. Es handelt sich um eine organisierte, planmässig und überraschend durchgeführte polizeiliche Aktion zum Zwecke der Identitätsüberprüfung eines grösseren Personenkreises, der sich an einem bestimmten, von der Polizei abgesperrten Ort (Bahnhöfen, Kneipen, Strassen, Parks usw.) aufhält (6). Die Razzia unterscheidet sich von der Einzelkontrolle nicht qualitativ, sondern nur quantitativ (7).

1) Hoffmann-Riem, Sistierung, 751; Heise/Riegel, 47; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 78.

2) Heise/Riegel, 46 ff.; AE, 60 ff.

3) Art. 28 SG PolG; Hoffmann-Riem, Sistierung, 751.

4) § 15 TG PolG.

5) DR für das Polizeikorps des Kantons Zürich vom 8. März 1951 § 17; Schütz, 111.

6) Dietrich Schultz, 207; Hoffmann-Riem, Sistierung, 755; Walter Zachert, 589; Kern, 99; Schwan, 245; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 79.

7) Hoffmann-Riem, Sistierung, 756. -

Im Rahmen einer Razzia findet oft auch eine Sachfahndung statt (8). Das Ziel der Sachfahndung besteht darin, zum Zwecke der Beschlagnahme Gegenstände aufzufinden, die als Beweismittel von Bedeutung sind, die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt sind, die zur Begehung einer strafbaren Handlung benutzt oder durch sie hervorgebracht wurden oder die dem Besitzer durch eine rechtswidrige Tat abhandengekommen sind (9).

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, ist dieser weitere Begriff der Razzia, der auch die Sachfahndung erfasst, von den Bestimmungen über die Identitätsfeststellung in den schweizerischen Polizeigesetzen nicht gedeckt. Aus diesem Grund erscheint es gerechtfertigt, die Sachfahndung vom Begriff der Razzia auszuklammern, zumal die Sachfahndung einen anderen Zweck als die Personenfeststellung verfolgt (10).

Um die im Hinblick auf die Frage der gesetzlichen Grundlage auftauchende Problematik der Identitätsfeststellung voll und ganz erfassen zu können, bedarf es noch einiger Erörterungen über das Wesen und die besondere Eigenart dieser Standardmassnahme.

8) Widmer, 185; Schütz, 117.

9) Aehnlich Greiner, Razzia, 408.

10) Das St. Galler Polizeigesetz regelt die Kontrolle von Behältnissen im Rahmen von fahndungspolizeilichen Massnahmen getrennt von der Feststellung der Personalien in Art. 30. Ebenso das Thurgauer Polizeigesetz in § 16.

II. Wesen und Eigenart der Personenfeststellung

Die Personenfeststellung, sowohl in der Form der Einzelkontrolle als auch in der Form der Razzia, umfasst ein ganzes Bündel verschiedener polizeilicher Massnahmen, überwiegend polizeilicher Standardmassnahmen (11). Die wichtigsten sollen im folgenden kurz vorgestellt werden.

A. Das Anhalten und das Abklären der Identität

Die Polizei stellt die Identität einer Person fest, indem sie den Betroffenen anhält (12), ihn nach seinen Personalien befragt (13) und nötigenfalls verlangt, mitgeführte Personalpapiere vorzuweisen (14). Das Anhalterecht ist sachnotwendig in der Befugnis zur Personenfeststellung mitenthaltend und stellt kein selbständiges Rechtsinstitut dar (15). Das Anhalten einer Person nimmt im Rahmen einer Einzelkontrolle nur sehr wenig Zeit in Anspruch und ist kein nennenswerter Eingriff in die persönliche Freiheit (16). Als ganz andere - und sicher weit schwerer wiegende - Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit stellt sich das Anhalten - besser Festhalten - anlässlich einer Razzia heraus. Hier können bis zur Abfertigung einige Stunden vergehen, während derer die Betroffenen keine Möglichkeit haben, sich vom Ort der polizeilichen Aktion zu entfernen (17). Da die Identitätsfeststellung auch den Tatbestand der Razzia erfasst, leuchtet es ein, dass für diese Standardmassnahme eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist.

11) Schwan, 246; Hoffmann-Riem, Abbau, 338; AE 15 III Ziff. 1-8; ME 9 II.

12) SG PolG 28 I; VS PolG 25; AE 15 III Ziff. 1.

13) SG PolG 28 I; VD PolG 20 I; VS PolG 25; AE 15 III Ziff. 3.

14) SG PolG 28 I; VD PolG 20 I; VS PolG 25; AE 15 III Ziff. 4.

15) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 80.

16) Schütz, 111/112; Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehungen, 66.

17) Sigrist, aaO.

B. Das Mitnehmen auf den Polizeiposten

Während das Anhalten bzw. Festhalten absolut notwendige Eingriffe zur Durchführung einer Identitätsfeststellung darstellen, ist eine Mitnahme auf die Wache nur dann erforderlich, wenn sich die Identität an Ort und Stelle auf andere Weise nicht überprüfen lässt (18).

C. Weitere Massnahmen

1. Weitere Massnahmen zum Zwecke der Identitätsfeststellung

Zum Zwecke der Identitätsfeststellung können noch weitere Standardmassnahmen erforderlich sein. So muss sich der Betroffene unter Umständen eine Personendurchsuchung, eine Durchsuchung mitgeführter Sachen oder eine erkennungsdienstliche Behandlung gefallen lassen (19). Findet die Personenfeststellung in einem privaten Raum statt, so muss die Polizei zum Betreten der Räumlichkeiten in das Hausrecht eingreifen (20). Bei einer Razzia ist überdies eine Wegweisung derjenigen Personen notwendig, die den abgesperrten Ort betreten wollen (21).

2. Weitere Massnahmen mit einem über die Identifizierung hinausgehenden Zweck

Im Anschluss an eine Identitätsfeststellung erfolgen sehr oft Verhaftungen oder Festnahmen von Straftätern, um diese dem Strafverfahren zuzuführen (22). Um anlässlich einer Razzia Gegenstände aufzufinden, die der Beschlagnahme unterliegen, durchsucht die Polizei Personen, Räume und Sachen (23).

18) SG PolG 28 II; VD PolG 20 II; Schütz, 130; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 80.

19) Schwan, 248; Hoffmann-Riem, Abbau, 338 f.; vgl. auch AE 15 III Ziff. 6 und 7.

20) Sigrist, Identitätsfeststellung, 401 f.; Walter/Zachert, 590.

21) AE 15 III Ziff. 2; Schwan, 262 f.

22) Schwan, 246.

23) Schwan, 246.

D. Die rechtliche Problematik der Identitätsfeststellung, insbesondere der Razzia

Ohne den weiteren Ausführungen in diesem Kapitel vorgreifen zu wollen, kann man bereits in diesem Zusammenhang feststellen, dass in keinem Polizei- oder Strafverfahrensgesetz der Schweiz eine globale gesetzliche Ermächtigung für das gesamte Bündel von Eingriffen, aus denen sich eine Einzelkontrolle oder eine Razzia zusammensetzen, existiert (24). Die in einzelnen Kantonen anzutreffenden Bestimmungen über die Personenfeststellung räumen der Polizei lediglich die Befugnis ein, Personen anzuhalten, sie nach ihren Personalien zu befragen, ihre Ausweispapiere zu verlangen und sie allenfalls auf den Posten mitzunehmen.

Die rechtliche Problematik der Identitätsfeststellung als Gesamtakt, der sich aus mehreren Standardmassnahmen zusammensetzt, besteht nun aber in der Frage, ob für alle zur Identifizierung erforderlichen Eingriffe in den einzelnen Bestimmungen über die polizeilichen Zwangsmassnahmen auch eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage auffindbar ist (25). Die Darstellung der Identitätsfeststellung in diesem Kapitel befasst sich jedoch nur mit den Fragen, wann die Polizei Personen anhalten, sie nach ihren Personalien befragen und ihre Ausweispapiere verlangen und sie auf den Posten mitnehmen darf. Die übrigen zur Identitätsfeststellung notwendigen "Begleiteingriffe" werden in den einzelnen Kapiteln über die verschiedenen Standardmassnahmen behandelt. Damit folgen wir der Systematik in den Schweizer Polizeigesetzen, welche unter den Marginalien "Feststellung der Personalien" (Art. 28 SG PolG), "Droit d'identification" (Art. 20 VD PolG), "Ausweispapiere" (Art. 25 VS PolG) lediglich das Anhalten und Ueberprüfen einer

24) Vgl. demgegenüber § 15 III AE, der die zur Identifizierung von Personen notwendigen Massnahmen explizit aufzählt. Nicht so ausführlich ist § 9 II ME.

25) Schwan, 249; vgl. z.B. das SG PolG, Art. 28 (Feststellung der Personalien), Art. 29 (Wegweisung), Art. 30 (Kontrolle von Behältnissen), Art. 31 (Durchsuchung von Personen), Art. 34 (Erkennungsdienst).

Person sowie das Mitnehmen auf den Polizeiposten regeln (26).

III. Die systematische Einordnung der Identitätsfeststellung

In den meisten Fällen dient die Identitätsfeststellung gleichzeitig sowohl präventiven als auch repressiven Zwecken (27). Hoffmann-Riem bezeichnet diesen Sachverhalt als Gemengelage präventiver Gefahrenabwehr und repressiver Strafverfolgung (28). Es erscheint in Anbetracht dieses Umstandes fraglich, inwieweit im Falle der Identitätsfeststellung, insbesondere bei der Razzia, die griffig erscheinende Abgrenzung präventiv - repressiv überhaupt aufrechterhalten werden kann. Obwohl die Personenfeststellung unbestreitbar auch strafverfolgende Elemente enthält, handelt es sich hierbei doch um eine polizeitypische Massnahme, die so genereller Natur ist und deshalb mit einer konkreten, einzel-fallbezogenen Massnahme des Strafverfahrensrechts sehr wenig Ähnlichkeit hat (29). Für die Abgrenzung zwischen Polizei- und Strafprozessrecht ist dem Begriffspaar präventiv - repressiv das eingangs erwähnte Kriterium vorzuziehen, wonach nur jene Massnahmen als strafprozessual zu betrachten sind, die nach begangener Straftat in einem konkreten Verfahren ein bestimmtes Verfahrensziel (Urteil, Strafbefehl, Sistierungsverfügung) verfolgen (30).

Bei einer Razzia in einer Kneipe, in der erfahrungsgemäss Rauschgift Händler, Hehler usf. verkehren, kann die Polizei im Zeitpunkt ihres Einschreitens dieses Verfahrensziel noch gar nicht anstreben, weil vielfach Personen aufgegriffen werden, von denen es

26) Vgl. auch § 15 TG PolG.

27) Dietrich Schultz, 207; Walter/Zachert, 589; Hoffmann-Riem, Sistierung, 753 u. 755; ders., Abbau, 338 FN 29; Kern, 100; Sydow, 124; Schwan, 245; Riegel, Entwicklungstendenzen, 15.

28) Hoffmann-Riem, Abbau, 338 FN 29.

29) Botschaft SG, 15; Riegel, Bemerkungen, 687; ders., Entwicklungstendenzen, 15 f.; Heise/Riegel, 27.

30) Noll, Ueberwachung, 62/63; Botschaft SG, 15.

völlig ungewiss ist, ob sie eine strafbare Handlung begangen haben oder in einem Strafverfahren gesucht werden (31).

Aus den angeführten Gründen erscheint es dogmatisch und sachlich richtiger, die Identitätsfeststellung als polizeiliche Massnahme zu bezeichnen und die Befugnisse für die mit der Personenfeststellung verbundenen Eingriffe nicht aus den strafprozessualen Bestimmungen über die vorläufige Festnahme und Verhaftung herzuleiten (32).

Diese Auffassung wird auch von der Mehrheit der Schweizer Autoren vertreten. Hubatka (33) und Huggenberger (34) heben ausdrücklich hervor, dass es sich beim Anhalten bzw. Festhalten und der Mitnahme auf die Wache nicht um eine Verhaftung im strafprozessualen Sinne handle. Diese Massnahmen müssten als gewöhnliche, präventivpolizeiliche Freiheitsentziehungen angesprochen werden, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig seien. Obwohl die beiden Autoren die Passantenkontrolle eindeutig dem Polizeirecht zuordnen und von präventivpolizeilichen Massnahmen sprechen, verkennen sie nicht, dass die Personenfeststellung auch strafverfolgende Elemente haben kann. Denn ihrer Auffassung nach ist das Anhalten und Kontrollieren einer Person u.a. auch dann zulässig, wenn sich diese durch ihr Verhalten verdächtig macht, ein Delikt begangen zu haben (35).

Der systematischen Einordnung der Identitätsfeststellung ins Polizeirecht, der auch Fäh (36) zustimmt, steht der Umstand nicht

31) Peters, 375.

32) Hoffmann-Riem, Sistierung, 754.

33) Hubatka, 299/300.

34) Huggenberger, Kriminalpolizeiliche Tätigkeit, 480.

35) Hubatka, 299; Huggenberger, aaO. Präventivpolizeilich ist demnach eine Massnahme, die nicht in einem konkreten, einzelfallbezogenen Strafverfahren erfolgt.

36) Fäh, 33. Vgl. dazu auch Botschaft SG, 15.

entgegen, dass in einzelnen Fällen auch einmal repressive Momente überwiegen können. Wegen ihrer generellen Natur bleibt die Identitätsfeststellung stets eine polizeitypische Massnahme.

IV. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	BStP 17 III, Art. 1 BRB betr. den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft
ZH	DR 17
BE	StPO 71bis I i.V.m. 107
BS	DR 2 Ziff. 7
SG	PolG 28
VD	PolG 20
VS	PolG 25, UeStG 48 Ziff. 2

B. Erläuterungen

1. Formell ungenügende Rechtsgrundlagen

§ 17 des Dienstreglementes für das Polizeikorps des Kantons Zürich und § 2 Ziff. 7 des Reglementes über die Befugnisse der Polizeimannschaft des Kantons Basel-Stadt genügen den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festgelegten Erfordernissen an die gesetzliche Grundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen nicht (37). Ueber diese Rechtsnot können die Bestimmungen über den polizeilichen Gewahrsam (38) nicht hinweghelfen, weil das Anhalten und das Mitnehmen auf den Polizeiposten gegenüber dem Polizeigewahrsam ein aliud darstellen (39). Der polizeiliche Ge-

37) Futterlieb, 73; Schütz, 112; Brünner, 34; Willfratt, 48.

38) Vgl. z.B. § 74 III ZH GdeG.

39) Dieser Meinung ist offenbar auch Willfratt, 49.

wahrsam dient der Gefahrenabwehr unmittelbar, während die Mitnahme auf den Posten nur indirekt den Zweck der Gefahrenabwehr verfolgt, weil sie nur notwendiges Hilfsmittel zur Identifizierung darstellt (40).

Erst recht handelt es sich nicht um eine zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung (Vorführung), weil sich die Vorladung nur auf bekannte, nicht aber auf noch zu ermittelnde Personen bezieht (41). Das Mitnehmen auf den Polizeiposten lässt sich also nicht auf die Ermächtigungsgrundlagen für die polizeiliche Vorführung stützen. Als Rechtsgrundlage für die mit der Personalienfeststellung verbundenen Freiheitsentziehungen kommt mangels gesetzlicher Grundlage einzig noch die polizeiliche Generalklausel in Betracht (42). Dieser Rechtszustand ist rechtsstaatlich sehr unbefriedigend.

2. Formell ausreichende gesetzliche Grundlagen

Rechtsstaatlich einwandfreie Gesetzesgrundlagen bestehen in den Kantonen SG, VD und VS. Dies trifft - mit gewissen Einschränkungen - auch für den Kanton BE zu, obwohl Art. 71bis I BE StPO die Identitätsfeststellung nicht ausdrücklich vorsieht. Nach Art. 71bis I BE StPO ist die gerichtliche Polizei befugt, alle "ihr geeignet erscheinenden gesetzlich zulässigen Massnahmen zu treffen, um den Sachverhalt abzuklären und den Täter zu ermitteln." Da Art. 107 BE StPO den Untersuchungsrichter ausdrücklich ermächtigt, zur Herstellung der Identität Massnahmen zu treffen, ist die Personalienfeststellung eine gesetzliche Massnahme im Sinne von Art. 71bis I BE StPO. Zweifelhaft ist allerdings die Frage, ob durch Art. 71bis I BE StPO wirklich auch sämtliche Fälle polizeilicher Identitätsfeststellungen gedeckt sind, da diese Be-

40) Hoffmann-Riem, Sistierung, 758; Walter/Zachert, 590.

41) Dietrich Schultz, 208; Hoffmann-Riem, Sistierung, 758 FN 98 mit weiteren Hinweisen.

42) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 81.

stimmung einseitig den Strafverfolgungszweck hervorhebt. Ausserdem vermag Art. 71bis I BE StPO für die Mitnahme auf die Wache keine genügende Rechtsgrundlage abzugeben. Diese Freiheitsentziehung ist nach wie vor auf Art. 72 BE StPO zu stützen (43), wonach die Polizei jeden, den sie auf frischer Tat ertappt oder der eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist, anhalten darf. Diese Voraussetzungen werden bei einer Identitätsfeststellung aber selten erfüllt sein (44).

Art. 17 III BStP entspricht wohl in formeller Hinsicht den bundesgerichtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen, stellt aber nur eine Aufgabenzuweisungs- und nicht eine Befugnisnorm dar (45). Da die Polizei nur dann in die Freiheit des Bürgers eingreifen darf, wenn eine entsprechende Befugnisnorm dies gestattet, fallen Art. 17 III BStP und somit auch der darauf gestützte BRB betr. den Polizeidienst der Bundesanwaltschaft als Rechtsgrundlagen für die Identitätsfeststellung und auch für weitere Standardmassnahmen ausser Betracht (46).

Als Ermächtigungsgrundlagen für das Anhalten und die Mitnahme auf die Wache scheiden auch die Bestimmungen des Strafprozessrechts über die Verhaftung und die vorläufige Festnahme aus. Schon in früherem Zusammenhang wurde dargelegt, dass die Mitnahme auf den Polizeiposten keine Verhaftung im strafprozessualen Sinne darstellt, weshalb die einschlägigen Normen des strafprozessualen Haftrechts ausser acht gelassen werden können (47).

43) So Trechsel, 335; Noll, Skript, 78.

44) Vgl. hinten V A.

45) Noll, Ueberwachung, 53; Schubarth, Abhörgeräte, 12.

46) Botschaft SG, 6; Noll, Ueberwachung, 53; Knemeyer, 36.

47) Schütz, 130; Hubatka, 299 f.; Huggenberger, Kriminalpolizeiliche Tätigkeit, 481; Walter/Zachert, 590. Zum strafprozessualen Begriff der Verhaftung vgl. Battaglia, 63.

Gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften über die vorläufige Festnahme spricht einmal der Zweck dieser Massnahme. Sie dient nämlich nicht primär der Identitätsfeststellung, sondern ermöglicht die Vorführung vor den Untersuchungsrichter (48). Die Mitnahme auf den Posten stellt daher im Verhältnis zur vorläufigen Festnahme nicht ein in maiore minus, sondern ein aliud dar (49). Ausserdem vermögen die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme deshalb keine taugliche Befugnisnorm für die Personalienfeststellung abzugeben, weil nur in den seltensten Fällen der Betroffene auf frischer Tat ertappt wird, ein dringender Verdacht gegeben ist oder Gefahr im Verzug liegt (50).

Ein Recht der Polizei zum Anhalten, Festhalten und zum Mitnehmen auf den Polizeiposten zum Zwecke der Identitätsfeststellung vermögen auch jene mit § 360 Ziff. 8 DSTGB vergleichbaren Bestimmungen in einzelnen kantonalen Uebertretungsstrafgesetzen (51) nicht zu begründen, wonach sich derjenige strafbar macht, der sich einer Behörde gegenüber weigert, seinen Namen und seine Adresse bekanntzugeben. Diese Uebertretungsstraftatbestände setzen nämlich voraus, dass der fragende Polizist ein anderweitig begründetes Recht zur Personalienfeststellung hat (52). Nach Art. 48 Ziff. 2 VS UeStG ist deshalb die "Verhaftung" von Personen, die sich weigern, ihre Identität bekanntzugeben, nur gestattet, wenn die Aufforderung seitens der Polizei begründet ist. Wann dies der Fall ist, bestimmt Art. 25 VS PolG. Sachlich und dogmatisch wäre es daher richtiger, die "Verhaftung" gemäss Art. 48 Ziff. 2 VS Ue StG, welche gar keine ist (53), nicht im

48) Trechsel, EMRK, 335/336.

49) Schwan, 255; Schütz, 130.

50) Schwan, 255 f.; Hoffmann-Riem, Sistierung, 754; Dietrich Schultz, 208. Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. BStP 62; VStrR, 51; ZH StPO, 68; BE StPO 72 u. 74; BS StPO 61.

51) Vgl. z.B. § 16 BS UeStG.

52) Hoffmann-Riem, Sistierung, 752; a.M. Widmer, 186/187.

53) Vgl. FN 47.

Anschluss an die Strafbestimmung des Art. 48 Ziff. 1 VS UeStG, sondern im Zusammenhang mit der im Polizeigesetz vorgesehenen Bestimmung über "Ausweispapiere" (Art. 25 VS PolG) zu regeln (54).

V. Die Voraussetzungen für die Personalienfeststellung

A. Im allgemeinen

Nach den einschlägigen Normen in den kantonalen Polizeigesetzen darf die Polizei "im Rahmen fahndungspolizeilicher Kontrollen" (SG PolG 28 I), "dans l'intérêt de leur service" (VD PolG 20 I) oder "im Interesse des Dienstes" (VS PolG 25) Personen anhalten und ihre Identität überprüfen. Gemäss Art. 71bis I BE StPO ist die Feststellung der Personalien nur im Interesse der Strafverfolgung zulässig. Von dieser Ausnahme abgesehen, knüpfen alle Bestimmungen an den allgemeinen Auftrag der Polizei an, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren oder bereits eingetretene Störungen zu beseitigen (55). Demnach ist die Personenfeststellung nur zulässig, wenn sie der Abwehr einer Gefahr oder der Beseitigung einer Störung dient (56). Als Beispiel zulässiger Passantenkontrollen wären etwa die Fahndung nach Personen ohne gültige fremdenpolizeiliche Papiere (57), nach entwichenen Häftlingen (58), nach Rechtsbrechern (59), nach heimatlosen Jugendlichen oder nach entlaufenen Minderjahren (60) zu nennen.

54) Auf diesen gesetzgeberischen Mangel ist es auch zurückzuführen, dass die Voraussetzungen für die Mitnahme auf die Wache viel zu eng formuliert wurden, indem sie nur an die strafbare Weigerung anknüpfen, seine Identität bekanntzugeben. (Vgl. hinten V B 2.)

55) Vgl. § 1 I.

56) Vgl. auch ME 9 I Ziff. 1; AE 15 I. Nach Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 106, und Heise/Riegel, 43 f., bedeutet Gefahrenabwehr auch Störungsbehebung. Zur Ausnahme der Personenfeststellung zur Sicherung privater Ansprüche vgl. hinten C.

57) Hoffmann-Riem, Abbau, 337.

58) Huggenberger, Kriminalpolizeiliche Tätigkeit, 481.

59) Schütz, 111.

60) Kern, 100.

Als Gefahr ist auch der sog. Gefahrenverdacht (61) und als Störung auch die sog. Anscheinsstörung (62) anzusehen. Der Gefahrenverdacht beruht auf einer ex ante vorzunehmenden Prognose, dass sich ein Lebenssachverhalt als Gefahr darstellt (63). Eine Anscheinsstörung liegt vor, wenn die Polizei nicht sicher weiss, ob ein Rechtsgut wirklich verletzt worden ist (64). Anscheinsstörung bedeutet in der strafprozessualen Terminologie Tatverdacht (65). Man darf aber in diesem frühen Stadium des polizeilichen Einschreitens an diesen Verdacht keinen strengen Massstab anlegen. Wo es um den Schutz hochwertiger Rechtsgüter geht, kann auch schon die entfernte Möglichkeit eines Schadens Anlass zu einer Identitätsfeststellung geben (66).

Hubatka fasst die Eingriffsvoraussetzungen für die Personalienfeststellung sehr treffend in der Faustregel zusammen, "dass ein polizeiliches Anhalten und Kontrollieren eines Passanten immer dann sanktioniert werden muss, wenn dieser signalementsmässig mit einer ausgeschriebenen Person identisch zu sein scheint oder wenn dieser durch sein eigenes Verhalten irgendwie sich verdächtig macht, ein Delikt verübt zu haben oder ein solches zu planen" (67). Wer sich nachts um drei Uhr in der Nähe eines Automobils, in dem sich zahlreiche neue Fernseh- und Radioapparate (typisches Diebesgut) befinden, aufhält, muss sich eine Ueberprüfung gefallen lassen. Es besteht nämlich der Verdacht, dass der Betreffende an einem Diebstahl beteiligt war und nun die Beute fortschaffen will, um sie einem Hehler zu verkaufen (68).

61) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 110.

62) Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke, 328 f., 331.

63) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 110.

64) Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke, 328 f.

65) Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke, 329.

66) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 109; Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke, 331, 334.

67) Hubatka, 299.

68) Dieses leicht veränderte Beispiel eines verdächtigen Sachverhalts findet sich bei Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 11 f.

Während bei der Einzelkontrolle die Polizei nur denjenigen in Anspruch nimmt, der selbst Anlass zum Einschreiten gegeben hat, werden bei Razzien alle Personen, die sich im abgesperrten Gebiet aufhalten, überprüft. Davon ausgenommen sind jene, bei denen der blosse Augenschein genügt, um sie als Unverdächtige zu erkennen (69). Da es gerade Sinn und Zweck der Identitätsfeststellung ist herauszufinden, wer wirklich Störer ist, darf man an die Störereigenschaft nicht allzu strenge Anforderungen stellen (70). Die Polizei darf bei einer Razzia auch solche Personen in Anspruch nehmen, die sich nachträglich als Nichtstörer herausstellen. § 15 II AE hat diesen Grundsatz ausdrücklich verankert. Nach dieser Bestimmung darf die Identität anderer Personen - gemeint sind Nichtstörer (71) - festgestellt werden, wenn sie sich an Orten aufhalten, von denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte erfahrungsgemäss anzunehmen ist, dass dort erhebliche Straftaten verabredet, vorbereitet und verübt werden. Danach darf die Polizei Kneipen, in denen sich erfahrungsgemäss Rauschgifthändler und Drogensüchtige aufhalten, ebenso wie Treffpunkte für Hehler oder einen Sammelpunkt für terroristische Gewalttäter "durchkämmen" (72).

Solche Razzien, die ohne Suchen nach einer bestimmten polizeipflichtigen Person ausschliesslich an die Gefährlichkeit eines bestimmten Ortes anknüpfen (73) und auch als sog. Störungsrazzien bezeichnet werden (74), sind nur als ultima ratio zulässig (75).

69) Greiner, Razzia, 410; Dietrich Schultz, 208; Walter/Zacher, 590; gl.M. offenbar Sigrist, Identitätsfeststellung, 398; Schwan, 261.

70) Vgl. die in FN 69 Zit. Autoren.

71) AE, 65 N 12.

72) Hoffmann-Riem, Abbau, 337.

73) AE, 65 N 14; Hoffmann-Riem, Abbau, 337.

74) Riegel, Entwicklungstendenzen, 15.

75) AE, 63 N 5; Schütz, 118.

Bestehen keine tatsächlichen Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit eines Ortes oder sind nur unbedeutsame Rechtsgüter gefährdet, so erscheint eine Massenkontrolle unverhältnismässig (76). Deshalb sind Razzien in Kaufhäusern verboten, obwohl sich dort erfahrungsgemäss Ladendiebstähle ereignen (77). Mit diesen Einschränkungen kann dieser Erweiterung der polizeilichen Befugnisse zugestimmt werden (78). Ganz generell lässt sich feststellen, dass bei Razzien der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nur gewahrt ist, wenn das öffentliche Interesse an der Beseitigung einer Gefahr grösser ist als die Rechte (insbesondere unbeteiligter) Betroffener (79).

Entgegen der Auffassung von Schütz (79a) kann sich die Polizei auch bei der Razzia auf das Erfordernis der Erfüllung polizeilicher Aufgaben berufen, obwohl sie dabei Unbeteiligte in Anspruch nimmt. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass bei einer Identitätsfeststellung im Bereich der reinen Gefahrenabwehr sowie im "Vorfeld" eines Strafverfahrens die Unterscheidung zwischen Störer und Nichtstörer bzw. Beschuldigten und Dritten gar nicht möglich ist, weil man ja gerade erst herausfinden will und muss, ob jemand zu einer dieser Kategorien gehört (80). Art. 28 SG PolG, Art. 20 VD PolG und Art. 25 VS PolG, welche den Tatbestand der Razzia abdecken, verwenden denn auch richtigerweise den generellen Begriff "Personen" (81).

Bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage darf die Polizei aufgrund der allgemeinen Ermächtigungsklausel nur ein-

76) AE, 65 N 11.

77) AE, 65 N 11.

78) Hoffmann-Riem, Abbau, 337.

79) Greiner, Razzia, 410; Schütz, 118.

79a) Schütz, 117.

80) Riegel, Bemerkungen, 688.

81) Riegel, Bemerkungen, 687.

schreiten, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung ernsthaft und unmittelbar gefährdet ist (82). Ohne die Begriffe der ernsthaften und unmittelbaren Gefahr zu strapazieren, lässt sich eine grosse Zahl von Passantenkontrollen mit der polizeilichen Generalklausel wohl kaum rechtfertigen.

B. Die Voraussetzungen für das Mitnehmen auf den Polizeiposten im besonderen

1. Die Möglichkeiten der Identifizierung an Ort und Stelle

Bevor die Polizei einen angehaltenen Bürger zur Ueberprüfung auf den Posten mitnimmt, muss sie alle ihr zumutbaren Möglichkeiten ausschöpfen, um an Ort und Stelle die nötigen Abklärungen zu treffen. Der Betroffene ist auf die Aufforderung hin verpflichtet, die mitgeführten Ausweispapiere vorzuzeigen. In Frage kommen etwa Identitätskarten, Pässe, Führerscheine, Legitimationskarten einer Schule, Personalausweise eines Betriebes usw., sofern sich damit die Personalien mit Sicherheit feststellen lassen (83). Wer keine Papiere auf sich trägt, riskiert noch nicht, dem Polizisten auf die Wache folgen zu müssen, wenn über die Richtigkeit der mündlichen Angaben keine Zweifel bestehen oder wenn der Beamte selbst oder eine Gewährsperson den Angehaltenen kennen und identifizieren können.

Im Rahmen einer Razzia hat die Polizei alles ihr Zumutbare vorzukehren, damit ein Massentransport zur Dienststelle ausbleiben kann. Fahndungsbücher, Fotografien, Personenbeschreibungen und weitere Angaben über die gesuchten Personen müssen bei der Aktion an Ort und Stelle vorhanden sein (84). Auch ist eine genügend grosse Zahl von Beamten aufzubieten, die für derartige Ein-

82) Imboden/Rhinow II, 990.

83) Hoffmann-Riem, Sistierung, 755.

84) Walter/Zachert, 590.

sätze geeignet sind. Ueberprüfte Personen, gegen die nichts vorliegt, sind unverzüglich wieder freizulassen (85). Es ist indes nicht nötig und verfassungsrechtlich auch nicht geboten, im Gesetz die eben dargestellten Möglichkeiten, sich zu identifizieren, generell zu regeln. Die Entscheidung, was im Einzelfall für eine genügende Identifizierung ausreicht, muss von Fall zu Fall nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes getroffen werden (86).

2. Das Mitnehmen auf den Polizeiposten

Die Schweizer Polizeigesetze umschreiben die Voraussetzungen für die Mitnahme auf die Wache unterschiedlich. Nach Art. 28 II SG PolG kann die angehaltene Person auf die Dienststelle geführt werden, "wenn sie keine Angaben macht oder unrichtiger Angaben verdächtig wird und ihre Identität auf andere Weise nicht feststellbar ist". Art. 20 II VD PolG bestimmt: "Si la personne n'est pas en mesure de justifier de son identité ou qu'un contrôle supplémentaire se révèle nécessaire à cet égard, elle peut être conduite dans un poste ou bureau de police pour y être identifiée".

Laut § 15 II TG PolG kann die angehaltene Person auf den Polizeiposten geführt werden, "wenn die Feststellung an Ort und Stelle nicht möglich ist oder wenn der Verdacht besteht, dass die Angaben unrichtig sind". Gemäss Art. 48 Ziff. 2 VS UeStG sind die Polizeibeamten "zur sofortigen Verhaftung desjenigen berechtigt, der auf begründete Aufforderung hin sich weigert, seinen Namen anzugeben oder die verlangte Auskunft über seine Identität zu erteilen". Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, ist diese Fassung viel zu eng (87).

85) Hoffmann-Riem, Sistierung, 757.

86) Weder die schweizerischen noch die deutschen Polizeigesetze enthalten darüber Bestimmungen.

87) Vgl. die Kritik zu dieser Bestimmung im Abschnitt IV B.

Nach deutschem Recht, an das sich das schweizerische stark anlehnt, ist die Mitnahme auf die Wache dann gerechtfertigt, wenn die Feststellung der Personalien anders nicht mehr möglich ist oder die Arbeit der Polizei in einer Weise erschwert würde, die in keinem Verhältnis zur Schwere des Eingriffes in die Bewegungsfreiheit der Person und zur Einsatzbereitschaft der Polizei stehen würde (88).

Wann die Voraussetzungen für eine Mitnahme auf den Polizeiposten im einzelnen erfüllt sind, soll nachstehend kurz untersucht werden. Unmöglich ist die Identitätsfeststellung an Ort und Stelle dann, wenn der Betroffene oder die Gewährsperson weder fähig noch willens sind, sich auszuweisen oder Angaben über Name, Adresse, Beruf usw. zu machen (89). Erhebliche Schwierigkeiten sind schlechte Witterungs- und Sichtverhältnisse, eine durch die Kontrolle verursachte Verkehrsstockung oder eine feindselige Haltung umstehender Personen (90). Es muss aber immer sorgfältig geprüft werden, ob diesen, nicht durch den Betroffenen hervorgerufenen, Umständen nicht anders begegnet werden kann (91).

Hat der Polizeibeamte berechtigter Zweifel an der Richtigkeit der mündlichen Angaben oder besteht der Verdacht, dass die Personalpapiere gefälscht oder gestohlen sind, so kann er den Ueberprüften auf den Posten verbringen, wenn sich die notwendigen Abklärungen an Ort und Stelle nicht durchführen lassen (92). Drängen sich eine Leibesvisitation (93) oder eine erkennungsdienstliche

88) § 9 II ME; § 15 IV AE; Ule/Rasch, 72 Rn 24; Hoffmann-Riem, Sistierung, 757; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 80.

89) Art. 28 II SG PolG; Art. 48 Ziff. 2 VS UeStG; Ule/Rasch, 71 Rn 22, 72 Rn 25.

90) Ule/Rasch, 72 Rn 26; Hoffmann-Riem, Sistierung, 757; ZR 19 (1920) Nr. 25, S. 53; ZR 53 (1954) Nr. 120, S. 266.

91) Hoffmann-Riem, Sistierung, 757.

92) Art. 28 II SG PolG; § 15 II TG PolG; Ule/Rasch, 72 Rn 25.

93) Hoffmann-Riem, Sistierung, 757.

Behandlung auf, so muss der Betroffene auf die Dienststelle gebracht werden, weil diese Massnahmen nur dort sachgerecht durchgeführt werden können.

Eine Mitnahme auf den Polizeiposten ist also aus Gründen, deren vermeidbare Ursache bei der Polizei liegt, etwa, weil zuwenig Polizisten aufgeboten worden sind, regelmässig nicht gerechtfertigt (94).

C. Die Personenfeststellung zur Sicherung privater Ansprüche

Die Personenfeststellung zur Sicherung privater Ansprüche ist nirgends ausdrücklich vorgesehen. Sie ist jedoch auch ohne gesetzliche Regelung nach den allgemeinen Grundsätzen statthaft, wenn der Anspruch glaubhaft erscheint, gerichtliche Hilfe nicht zu erlangen ist und ohne die Feststellung die Gefahr bestünde, dass eine Durchsetzung vereitelt oder wesentlich erschwert wird (95).

VI. Die Bedeutung der EMRK

Das Anhalten, Festhalten und die Mitnahme auf die Dienststelle werden als kurzfristige Freiheitsentziehungen vom Anwendungsreich des Art. 5 EMRK ausgeklammert (96).

94) Hoffmann-Riem, Sistierung, 757.

95) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 79 mit Beispielen. Grundlage für den Schutz privater Ansprüche ist im Kanton SG Art. 47 SG PolG, wonach die Polizei "ausnahmsweise zum Schutz privater Ansprüche einschreiten" kann, "wenn die Möglichkeit der Rechtsverfolgung nur mit ihrer Hilfe gesichert ist". Vgl. zu dieser Problematik Max Bobst, Die Stellung der Polizei zu privatrechtlichen Begehren des Publikums, in: SJZ 47 (1951) 292 ff.; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 123 f.; Ralf Krüger, Privatrechtsschutz als Polizeiaufgabe, Stuttgart 1976.

96) Trechsel, EMRK, 337. Vgl. auch hinten § 9 V B 7 b aa.

§ 6 Die erkennungsdienstlichen Massnahmen

I. Begriff

Unter dem Begriff der erkennungsdienstlichen Massnahmen sind all jene Handlungen zu verstehen, welche der Polizei dazu dienen, Personen zu identifizieren (1). Dafür kommen in Betracht die Abnahme der Fingerabdrücke (Daktyloskopie) (2), die Aufnahme von Fotografien bzw. Lichtbildern (3), Messungen des Körpers (Anthropometrie) (4) und die Feststellung äusserer körperlicher Merkmale (5)(6). Die erkennungsdienstlichen Massnahmen sind wichtige Hilfsmittel der Polizei im Kampf gegen das Verbrechen. Sie bezwecken, den Täter zu überführen oder jemanden zu entlasten, die künftige Wiedererkennung zu ermöglichen und den Erfassten von der Begehung künftiger Straftaten abzuhalten (7).

II. Wesen und Abgrenzung

A. Die erkennungsdienstliche Behandlung als Eingriff in die persönliche Freiheit

Die erkennungsdienstlichen Massnahmen stellen eine Beschränkung der persönlichen Freiheit dar. Dabei fallen nicht so sehr die mit der technischen Abwicklung des Verfahrens verbundenen Beeinträchtigungen (Einfärben der Finger mit Druckerschwärze und anschliessendes Abrollen, Druck auf die

1) M. Meyer, 223; Hauser, Lehrbuch, 187.

2) Schütz, 93 ff; Battaglia, 22.

3) M. Meyer, 223; Hauser, Lehrbuch, 187; Mansperger, 8.

4) Röthlisberger, 91 f.; Mansperger, 9.

5) Vgl. z.B. § 2 I lit.e ZH EDVO.

6) Vgl. § 10 III ME; § 16 I AE; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 81; Fuss, 308 f.

7) Mansperger, 3.

Hände, kurze Beschränkung der Bewegungsfreiheit für die Aufnahme des Signalements, die Durchführung der Messungen und das Fotografieren) ins Gewicht (8), als vielmehr der Eingriff in die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Privat- und Geheimsphäre (9) und die Menschenwürde (10).

Entgegen der Ansicht von Markus Meyer (11) ist die erkenntnisdienstliche Behandlung nicht nur auf äussere, d.h. für jedermann erkennbare, sondern auch auf solche körperliche Merkmale ausgerichtet, die man nicht ohne weiteres sehen kann. Beispielsweise lassen sich Narben, Krankheitssymptome, Tätowierungen usw. durch eine entsprechende Kleidung verdecken. Nimmt die Polizei von derartigen Besonderheiten des Körpers Kenntnis, so greift sie dadurch in die Intimsphäre ein. Das Fotografieren tangiert das vom Staat ebenfalls zu respektierende Recht am eigenen Bild (12).

Dadurch, dass die Polizei die gewonnenen personenbezogenen Informationen für die Zukunft aufbewahrt, verstärkt sich der Eingriffscharakter der erkenntnisdienstlichen Massnahmen erheblich. Die Registrierung erlaubt eine jederzeitige Verfügbarkeit persönlicher Daten und greift somit schwerwiegend in die persönliche Intimsphäre des Einzelnen ein (13).

8) Schütz, 95 u. 97; M. Meyer, 223.

9) Vgl. dazu vorn § 4 I B 2 b.

10) Hauser, Lehrbuch, 187; Fuss, 312; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 1 II GG N 37; Schütz, 95 u. 97; Rieder, 174; M. Meyer, 224.

11) M. Meyer, 223.

12) Egger, Kommentar zum ZGB, Art. 28 N 40 f.; Schütz, 97; Rieder, 174.

13) M. Meyer, 224; Föh, 85; Partsch, 182 f.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 1 I GG N 37; AE, 72 N 4.

B. Abgrenzungen

1. Zur Durchsuchung

Die erkennungsdienstlichen Massnahmen sind insofern kein Anwendungsfall der körperlichen Durchsuchung, als diese Massnahme der Aufdeckung körperfremder Gegenstände dient (14).

2. Zur Untersuchung (15)

Wie die Untersuchung verschafft die erkennungsdienstliche Behandlung Kenntnisse über die körperliche Beschaffenheit eines Menschen (16). Ein Unterschied besteht jedoch darin, dass die hergestellten Unterlagen für zukünftige Personenidentifikationen aufbewahrt werden sollen (17). Ein weiterer Unterschied liegt in der viel grösseren Intensität des Eingriffs in die körperliche Integrität bei der Untersuchung. Die erkennungsdienstliche Behandlung darf sich nur auf die Feststellung äusserer Körpermerkmale erstrecken. Eine darüber hinausgehende Massnahme ist als Untersuchung zu betrachten und liesse sich niemals auf die Bestimmungen über den Erkennungsdienst stützen (18). Als Beispiele derartiger Eingriffe in die körperliche Integrität seien die Veränderung der Haar- und Barttracht und die Untersuchung von Körperhöhlen angeführt (19).

14) M. Meyer, 208; Battaglia, 124 f.; Hauser, Lehrbuch, 180; Futterlieb, 9 und dort zit. Autoren.

15) Zum Begriff der Untersuchung vgl. Futterlieb, 19.

16) M. Meyer, 224.

17) M. Meyer, 224.

18) Ule/Rasch, 73 Rn 31; Heise/Riegel, 55; AE, 71 N 1.

19) Heise/Riegel, 55; AE, 71 N 1.

III. Systematische Einordnung

Für den Entscheid, ob die erkennungsdienstlichen Massnahmen als dem Polizeirecht oder dem Strafprozessrecht zugehörig zu erachten sind, eignet sich das Begriffspaar "präventiv - repressiv" als Abgrenzungskriterium genauso schlecht wie bei der Personenfeststellung (20). Denn der Hauptverwendungszweck der erkennungsdienstlichen Unterlagen, die Verbrechensbekämpfung (21), hat sowohl präventiven als auch repressiven Charakter. Die auf die Zukunft ausgerichtete Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen soll nämlich einerseits die Aufklärung künftiger Straftaten erleichtern - repressiver Bezug (22) - und andererseits der vorbeugenden Bekämpfung von strafbaren Handlungen dienen - präventiver Bezug (23). Nimmt man die systematische Einordnung der erkennungsdienstlichen Massnahmen nach dem bereits bei der Personenfeststellung verwendeten Kriterium vor, so lassen sich die verschiedenen Tatbestände wie folgt dem Polizei- und Strafprozessrecht zuordnen:

Als dem Strafprozessrecht zugehörig zu betrachten sind nur jene Fälle der erkennungsdienstlichen Massnahmen, die nach begangener Straftat vorgenommen werden, um das im Strafprozess anzustrebende Verfahrensziel zu erreichen (24). Alle anderen Tatbestände, wie z.B. die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen zur Identitätsfeststellung (25) oder zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung

20) Vgl. vorn § 5 III.

21) Mansperger, 78.

22) Sydow, 125, und M. Meyer, 223, charakterisieren die erkennungsdienstlichen Massnahmen als repressiv.

23) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 18. Fuss, 320 f., und Mansperger, 21 ff., insbesondere 25 ff., 72 ff., betonen den präventiven Aspekt. Ebenso Schütz, 95.

24) Noll, Ueberwachung, 62/63; Botschaft SG, 15.

25) Vgl. z.B. Art. 34 lit.c SG PolG; Art. 21 II VD PolG.

fung (26), sind dem Polizeirecht zuzuordnen (27). Auch Battaglia (28) vertritt die Auffassung, dass nur die erkennungsdienstliche Behandlung von Beschuldigten oder des Dritten zur Abklärung einer bestimmten strafbaren Handlung und zur Ermittlung des Täters aus strafprozessualen Gründen, alle übrigen, in Art. 9 der Verordnung über die Kantonspolizei des Kantons Graubünden vom 20. Nov. 1974 erwähnten Fälle erkennungsdienstlicher Massnahmen aus sicherheitspolizeilichen Gründen erfolgen.

Die erkennungsdienstliche Behandlung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung ordnet Battaglia - einer verbreiteten Ansicht folgend (29) - jedoch dem Strafprozessrecht zu (30). Diese Auffassung knüpft an die Tatsache an, dass erkennungsdienstliche Unterlagen meistens in einem Strafverfahren angefertigt werden. Nur weil ein konkretes, einzelfallbezogenes Strafverfahren den formellen Anlass für die in Wirklichkeit aus Gründen der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung erfolgenden erkennungsdienstlichen Behandlung bildet, wird dieser Tatbestand dem Strafprozessrecht zugeordnet (31). Diese m.E. ungenaue Systematik liegt aber den Polizei- und Strafverfahrensgesetzen der Schweiz zugrunde, weshalb wir davon auszugehen haben, dass die Befugnis zur erkennungsdienstlichen Behandlung von Beschuldigten im Rahmen eines Strafverfahrens auch das Recht zur weiteren Aufbewahrung im Interesse der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung deckt (32).

26) Vgl. z.B. § 10 I Ziff. 2 ME; § 16 II AE.

27) Vgl. auch den bei Heise/Riegel, 53, abgedruckten Vorschlag für die in der Strafprozessordnung zu regelnden Tatbestände.

28) Battaglia, 132.

29) M. Meyer, 223; Fuss, 317 f. mit weiteren Hinweisen.

30) Die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen zur Verbrechensbekämpfung wird in Art. 9 der VO über die Kantonspolizei des Kantons Graubünden nicht geregelt.

31) So Fuss, 317, der insofern widersprüchlich ist, als er die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung als typisch präventiv bezeichnet (321).

32) Battaglia, 132/133; M. Meyer, 223 f.

Battaglia weist jedoch mit Recht darauf hin, dass diese Betrachtungsweise nicht unproblematisch sei, weil der Betroffene in bezug auf eine erst zukünftige Straftat nicht als Angeschuldigter angesehen werden könne (33). Diese Feststellung Battaglias ist ein deutliches Anzeichen dafür, dass die Befugnis der Polizei, für künftige Zwecke erkennungsdienstliches Material herzustellen oder aufzubewahren, die Strukturen des Strafprozessrechtes sprengt und dass die erkennungsdienstliche Behandlung deshalb als polizeitypische Massnahme zu bezeichnen ist (34).

IV. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	--
ZH	EDVO vom 22. Dez. 1960
BE	StPO 71bis I, EDVO vom 9. Jan. 1942
BS	-- (35)
SG	PolG 32-35
VD	PolG 21
VS	StPO 61 Ziff. 1 II (DR vom 4. Juni 1969 Art. 9 I)

33) Battaglia, 133 FN 24.

34) Heise/Riegel, 27; Riegel, Bemerkungen, 687.

35) Im Kanton BS ist die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen in der Weisung Nr. 24 des Polizeikommandos und der Staatsanwaltschaft vom 12. Mai 1977 geregelt.

B. Erläuterungen

1. Formell ungenügende Rechtsgrundlagen

Weil sich die Zürcher und die Berner Verordnungen über den Erkennungsdienst nicht auf Delegationsnormen stützen können, die den bundesgerichtlichen Anforderungen entsprechen würden (36), vermögen sie für die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen keine rechtsstaatliche genügende Ermächtigungsgrundlage abzugeben. § 23 ZH StPO und Art. 7 II BE PolG geben der Exekutive lediglich das Recht, über "die Organisation und die Ausübung der Kriminalpolizei" (§ 23 ZH StPO) eine Verordnung zu erlassen, bzw. "die nähere Organisation und die Verwaltung des Polizeikorps" zu ordnen (Art. 7 II BE PolG). Aus diesen Bestimmungen kann m.E. die Befugnis der Exekutive zur Regelung von freiheitsbeschränkenden Massnahmen nicht abgeleitet werden (37). Eine verfassungsmässige Delegationsnorm war dagegen der mittlerweile aufgehobene § 115 II SG StPO, der folgenden Wortlaut hatte: "Der Regierungsrat bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die Polizei ohne besondere Anordnung des Untersuchungsrichters zur photographischen Aufnahme des Angeschuldigten, zur Abnahme von Fingerabdrücken und zu ähnlichen dem Beweis und der Verbrechensbekämpfung dienenden Vorkehren befugt ist."

Mit Ausnahme der erkennungsdienstlichen Behandlung von Personen zur Feststellung der Identität sind erkennungsdienstliche Mass-

36) Vgl. dazu § 4 I C 2.

37) Diese Auffassung teilt auch Noll, Ueberwachung, 52, der § 23 ZH StPO den Charakter einer Befugnisnorm abspricht. A.A. noch das Bundesgericht in BGE 91 I 37; Rieder, 175. Da die Zürcher Verordnung aber eine sehr ausführliche und rechtsstaatlich beispielhafte Regelung des Erkennungsdienstes enthält, wird auf sie zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen mehrfach verwiesen werden. Das Gleiche gilt für die Weisung des Polizeikommandos und der Staatsanwaltschaft des Kantons BS. Vereinzelt wird auch die VO über den Erkennungsdienst des Kantons BE berücksichtigt.

nahmen mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage unzulässig (38). Zur Durchführung der erkenntnungsdienstlichen Massnahmen im Rahmen einer Identitätsfeststellung kann sich die Polizei auf die polizeiliche Generalklausel berufen (39).

2. Formell ausreichende gesetzliche Grundlagen

Formell ausreichende gesetzliche Grundlagen stellen die Art. 71bis I BE StPO, Art. 33-35 SG PolG, Art. 21 VD PolG und Art. 61 Ziff. 1 II VS StPO dar.

V. Die Voraussetzungen für die erkenntnungsdienstlichen Massnahmen

A. Die erkenntnungsdienstlichen Massnahmen zur Identitätsfeststellung

Gemäss Art. 34 lit.c SG PolG darf die Polizei Personen erkenntnungsdienstlich behandeln, wenn sich ihre Identität auf andere Weise nicht feststellen lässt, insbesondere wenn sie unrichtiger Angaben verdächtigt werden. Nach Art. 21 II VD PolG ist die erkenntnungsdienstliche Behandlung bei Personen zulässig, deren Identität zweifelhaft ist. Art. 21 II VD PolG bringt vielleicht nicht so klar wie Art. 34 lit.c SG PolG zum Ausdruck, dass erkenntnungsdienstliche Massnahmen zur Feststellung der Personalien nur als ultima ratio gestattet sind (40). Ist die Polizei zur Feststellung der Identität ermächtigt, so darf sie zu diesem Zwecke, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel, auch erkenntnungsdienstliche Massnahmen vornehmen, selbst wenn dies im Gesetz nicht vorgesehen ist (41).

38) M. Meyer, 228; Hauser, Lehrbuch, 187.

39) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 82; Ule/Rasch, 73 Rn 31; Mansperger, 87; Fuss, 324. Schütz, 100 f., und M. Meyer, 228, lehnen diese Auffassung ab, beziehen sich in ihren Ausführungen jedoch nur auf die erkenntnungsdienstliche Behandlung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung.

40) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 81/82; Mansperger, 87, 95/96; Fuss, 324; vgl. auch § 10 I Ziff. 1 ME.

41) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 82; Mansperger, 87; Fuss, 324; Ule/Rasch, 73 Rn 31.

Wann die erkennungsdienstliche Behandlung zur Feststellung der Identität nötig ist, hat die Polizei im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (42).

B. Die erkennungsdienstlichen Massnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung strafbarer Handlungen

1. Formelle Voraussetzungen

Erkennungsdienstliche Massnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten bestehen einerseits in der Herstellung erkennungsdienstlicher Unterlagen eigens zu diesem Zweck und andererseits in der Aufbewahrung bereits angefertigten Materials, das vorher zu einem anderen Zwecke verwendet worden ist, z.B. für eine Identitätsfeststellung. Die erkennungsdienstliche Behandlung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung darf nach den einschlägigen Bestimmungen des Schweizer Polizei- und Strafprozessrechts grundsätzlich nur gegen Beschuldigte bzw. Verdächtige angeordnet werden (43).

Es ist jedoch zu differenzieren. Nach § 3 lit.a ZH EDVO, Ziff. 3.1.1. BS Weisung und Art. 34 lit.b SG PolG dürfen nur festgenommene oder verhaftete Personen erkennungsdienstlich behandelt werden. Nicht verhaftete, in einem Strafverfahren beschuldigte Personen dürfen gemäss § 3 lit.b ZH EDVO und Ziff. 3.2.1. BS Weisung nur erkennungsdienstlichen Massnahmen unterzogen werden, soweit diese im Einzelfall zur Erforschung strafbarer Handlungen nötig ist. Da die erkennungsdienstliche Behandlung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung keine einzelfallbezogene Massnahme darstellt, dürfen die erkennungsdienstlichen Unterlagen von

42) Mansperger, 95.

43) Art. 71bis I BE StPO; Art. 34 lit.b SG PolG; Art. 21 I VD PolG; Art. 61 Ziff. 1 II VS StPO. Vgl. auch § 10 I Ziff. 2 ME; § 16 II und IV AE; Battaglia, 132; M. Meyer, 225; Schütz, 102 f.; Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 19; Mansperger, 118 f.

nicht verhafteten oder vorläufig festgenommenen Beschuldigten oder Verdächtigen in den Kantonen ZH und BS nicht aufbewahrt werden. Nach Art. 34 lit. a SG PolG ist dies jedoch dann zulässig, wenn der Betreffende zu einer Zuchthaus- oder bedingten Gefängnisstrafe verurteilt worden ist. Gemäss Art. 21 I VD PolG genügt es, dass der Betroffene eines Verbrechens oder Vergehens beschuldigt oder verdächtigt wird. Art. 71bis I BE StPO lässt die erkennungsdienstliche Behandlung schlechthin bei "Personen" zu, wenn dies im Interesse der Strafverfolgung liegt. Damit dürfte wohl auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im Sinne einer Erleichterung künftiger Ermittlungen gemeint sein. Es wäre aber mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar, wenn erkennungsdienstliche Massnahmen aufgrund von Art. 71bis I BE StPO voraussetzungslos gestattet würden.

Art. 61 Ziff. 1 II VS StPO wiederum sieht erkennungsdienstliche Massnahmen lediglich bei Beschuldigten vor.

Bei der Umschreibung der Voraussetzungen für die erkennungsdienstliche Behandlung zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten sollte man anstelle von "Beschuldigten" die zutreffenderen Ausdrücke "Betroffene" oder "Personen" verwenden (44). Diese beiden Begriffe beschreiben den Tatbestand der von einem konkreten Strafverfahren losgelösten, weil in die Zukunft gerichteten, erkennungsdienstlichen Behandlung zum Zwecke der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten besser.

44) Vgl. z.B. Art. 34 SG PolG; § 10 I Ziff. 2 ME; § 16 II AE; Battaglia, 133 FN 24; Riegel, Bemerkungen, 687 f.; ders., Erkennungsdienstliche Unterlagen, 19 FN 9.

2. Materielle Voraussetzungen

Nach Art. 32 I SG PolG darf die Polizei die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Register führen. Bei der Sammlung erkennungsdienstlichen Materials ist diese Voraussetzung stets erfüllt, wenn diese Massnahme der Verbrechensbekämpfung, ohne Zweifel eine polizeiliche Aufgabe (45), dient.

Die Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Massnahmen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung ist aber nur dann zu bejahen, wenn das Verhalten des Betroffenen unter Einbezug seines Vorlebens, insbesondere aber im Zusammenhang mit dem laufenden Ermittlungsverfahren, Anhaltspunkte dafür liefert, dass der Beschuldigte in ähnlicher oder auch in anderer Weise künftig (wieder) straffällig werden könnte (46). Bei dieser Abwägung, die nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfolgen muss, hat die Polizei einen breiten Ermessensspielraum (47).

Rückfallgefahr besteht beispielsweise bei Triebverbrechern (48) oder bei Tätern, die aufgrund kriminalistischer Erfahrungen zu gewohnheits- oder gewerbsmässiger Begehung von Delikten neigen (49). Das letzte Beispiel zeigt, dass auch die Tat Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und auf das Bestehen einer Wiederholungsgefahr zulässt. § 10 I Ziff. 2 ME und § 16 II AE stellen deshalb ausdrücklich auf die Art und Ausführung der begangenen Straftat ab. § 16 II AE verlangt sogar, dass sich die Gefahr auf "erhebliche Straftaten" beziehen muss. Auch Art. 35 lit.a SG PolG sieht eine Einschränkung vor. Nach dieser Bestimmung ist die

45) Vgl. z.B. Art. 12 lit.a und e SG PolG.

46) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 19. Zum Problem der Rückfallprognosen vgl. Mansperger, 119 ff.

47) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 19.

48) Mansperger, 28.

49) Mansperger, 118.

ererkennungsdienstliche Behandlung von Personen, die ausschliesslich wegen Verletzung von Strassenverkehrsvorschriften verurteilt worden sind, ohne Anordnung des Untersuchungsrichters unzulässig.

C. Die weiteren Fälle

1. Die erkenntnisdienstliche Behandlung von Personen im Straf- oder Massnahmenvollzug

Art. 34 lit.a SG PolG enthält eine ausdrückliche Ermächtigung für die erkenntnisdienstliche Behandlung von Personen, die zu einer Zuchthaus- oder unbedingten Gefängnisstrafe verurteilt sind. Diese Bestimmung ist insofern lückenhaft, als sie die sichernden Massnahmen im Sinne von Art. 42 ff. StGB nicht erwähnt. Dieser Mangel wiegt indessen nicht schwer, da Art. 34 lit.b SG PolG die meisten Fälle erfasst. Nach § 2 I BE EDVO, der jedoch formell keine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt (50), sind generell "im Straf- oder Versetzungsvollzug" die "notwendigen erkenntnisdienstlichen Massnahmen auszuführen". In denjenigen Kantonen, in denen keine mit Art. 34 lit.a SG PolG vergleichbare Regelung existiert, lässt sich der grösste Teil der notwendigen erkenntnisdienstlichen Massnahmen mit dem Hinweis auf die vorbeugende Verbrechensbekämpfung rechtfertigen.

2. Die erkenntnisdienstliche Behandlung aus fremdenpolizeilichen Gründen

§ 3 lit.d ZH EDVO, § 2 I BE EDVO, Ziff. 3.1.2. BS Weisung und Art. 34 lit.d SG PolG sehen die erkenntnisdienstliche Behandlung von Personen vor, die des Landes verwiesen wurden oder gegen die eine Einreisesperre besteht. Diese auch formell von einem Strafverfahren losgelöste Massnahme wird von den Ermächtigungsnormen

50) Vgl. vorn IV B.

in Art. 71bis I BE StPO, Art. 21 I VD PolG und Art. 61 Ziff. 1 II VS StPO nicht mehr erfasst, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für eine erkennungsdienstliche Behandlung zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten vor. Zweck der erkennungsdienstlichen Massnahmen aus fremdenpolizeilichen Gründen ist die Ausländerüberwachung (51).

3. Die erkennungsdienstliche Behandlung administrativer Festgenommener

§ 3 lit.a ZH EDVO und § 2 I BE EDVO gestatten die erkennungsdienstliche Behandlung von administrativ festgenommenen Personen. Es handelt sich dabei vorwiegend um solche Personen, die in polizeilichen Gewahrsam gesetzt oder gegen die eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet worden sind (52).

D. Schranken für die erkennungsdienstliche Behandlung

Einige Erlasse sehen gewisse Einschränkungen vor. Nach Art. 35 lit.b SG PolG darf die Polizei Kinder und Jugendliche im Sinne des Strafgesetzbuches (53) ohne besondere Anordnung des Untersuchungsrichters nicht erkennungsdienstlich behandeln. Ziff. 4 BS Weisung verlangt bei Kindern und Jugendlichen die Zustimmung des Jugendanwaltes. Gemäss § 4 ZH EDVO dürfen Personen unter 16 Jahren und über 70 Jahre nur erkennungsdienstlich behandelt werden, "wenn die Erforschung strafbarer Handlungen es dringend erfordert". Nur eine obere Altersgrenze legt Ziff. 5 BS Weisung fest.

Wenn die Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen in einem offensichtlichen Missverhältnis zu dem zu erreichenden Zwecke steht oder eine besondere Härte bedeutet, ist gemäss § 7 ZH EDVO und Ziff. 7 BS Weisung darauf zu verzichten.

51) Mansperger, 123.

52) Battaglia, 132.

53) Art. 82 und 89 StGB (SR 311.0).

E. Die Bedeutung von Art. 6 II EMRK

Die Herstellung oder die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen zur Verbrechensbekämpfung verstossen nicht gegen die in Art. 6 II EMRK verankerte Unschuldsvermutung, da sie, losgelöst von einem konkreten Strafverfahren, keine verbindliche Aussage über Schuld oder Unschuld in einem einzelfallbezogenen Strafprozess enthalten (54).

VI. Die Durchführung

Damit jemand erkennungsdienstlich behandelt werden kann, muss er vorerst auf die Wache verbracht werden. Dieser Eingriff erfolgt aufgrund der polizeirechtlichen und strafprozessualen Bestimmungen über die Identitätsfeststellung (55), die Vorladung und die Vorführung (56) sowie die vorläufige Festnahme und die Verhaftung (57). Die Polizei kann notfalls unmittelbaren Zwang anwenden (58).

54) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 18; Schorn, 106 f.

55) Vgl. vorn § 5 V B 2.

56) Vgl. hinten § 7 II und III.

57) Vgl. z.B. Art. 92 SG StPO (Verhaftung) und Art. 95 (vorläufige Festnahme).

58) Mansperger, 125.

VII. Rechtsschutz

A. Allgemeines

Sofern die erkennungsdienstlichen Massnahmen nicht unaufschiebbar sind, muss dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, bereits gegen die Anordnung den Rechtsweg zu beschreiten. Man darf nicht davon ausgehen, dass in jedem Fall die erkennungsdienstlichen Massnahmen unaufschiebbar sind und dass sich deshalb das Rechtsschutzproblem auf die Frage des Anspruchs auf Vernichtung bereits angefertigter Materials beschränkt (59).

Sicher werden die Voraussetzungen für den sofortigen Vollzug häufiger erfüllt sein, weshalb der nachträglichen Beseitigung praktisch die grössere Bedeutung zukommt. Bei einer Identitätsfeststellung beispielsweise liegt es sogar im Interesse des Betroffenen, wenn durch den sofortigen Vollzug sein Aufenthalt auf der Wache verkürzt wird. Aber auch das öffentliche Interesse an einer raschen Aufklärung strafbarer Handlungen kann es rechtfertigen, die erkennungsdienstlichen Massnahmen sofort durchzuführen und den Betroffenen auf die Möglichkeit der nachträglichen Vernichtung auf Begehren hin zu verweisen.

Trotz der möglicherweise grösseren praktischen Bedeutung des nachträglichen Rechtsschutzes sollen im folgenden Abschnitt - wenn auch summarisch - die Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie der Betroffene sich bereits gegen die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung zur Wehr setzen kann.

59) So Fuss, 315. Hauser, Lehrbuch, 187, und Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 82, sprechen lediglich vom Anspruch des unschuldig Verfolgten auf Vernichtung angefertigter Unterlagen.

B. Der Rechtsschutz gegen die Anordnung

In den Kantonen ZH und VS steht dem Betroffenen nur dann ein eigentliches Rechtsmittel gegen die Anordnung zur Verfügung, wenn der Untersuchungsrichter die erkennungsdienstliche Behandlung angeordnet hat. Gemäss § 402 Ziff. 1 ZH StPO ist der Rekurs gegen Verfügungen des Bezirksanwalts zulässig. Art. 166 ff. VS StPO regeln die Beschwerde gegen Massnahmen des Instruktionsrichters, die beim Kantonsgericht einzulegen ist. Gegen eine Anordnung durch die Polizei kann der Betroffene lediglich auf dem Wege des Disziplinarrechts vorgehen (60).

Anders ist die Rechtslage in den Kantonen BE und BS. Nach Art. 64 II und 69 BE StPO hebt die Anklagekammer, die gemäss Art. 66 BE StPO die Oberaufsicht über die gerichtliche Polizei ausübt, ungesetzliche Amtshandlungen der Polizei auf Beschwerde hin auf und kann dem Beschwerdebeklagten Weisungen erteilen (61). Im Kanton BS kann der Betroffene gestützt auf § 25 III und 74 II BS StPO gegen eine von der Polizei getroffene Verfügung beim Ersten Staatsanwalt Einsprache erheben, über die binnen drei Tagen zu entscheiden ist. Nach § 74 III BS StPO tritt der Staatsanwalt jedoch nur auf Einsprachen gegen solche polizeilichen Verfügungen ein, die der Strafverfolgung dienen. Der "Strafverfolgung" im Sinne von § 74 III BS StPO dienen m.E. sämtliche in einem Ermittlungsverfahren angeordneten Massnahmen, auch wenn das Ermittlungsverfahren nur den formellen Anlass bildete. Der Begriff "Strafverfolgung" im Sinne von § 74 III BS StPO darf also nicht zu eng ausgelegt werden, ansonsten der Rechtsschutz des Bürgers geschmälert würde.

- 60) Wie im Kanton SG (vgl. Fähr, 87). Die Rechtslage im Kanton SG ist aber insofern nicht mit der in den Kantonen ZH und VS zu vergleichen, als das SG PolG die nachträgliche Vernichtung von Akten wegen vorsieht (vgl. hinten C 2 b aa).
- 61) Gestützt auf diese Bestimmungen kann auch die Vernichtung bereits hergestellter Unterlagen verlangt werden (ZBJV 115 (1979) 35).

Art. 21 III VD PolG enthält die interessante Bestimmung, dass bei Renitenz des Betroffenen der Entscheid eines Polizeioffiziers notwendig ist. Durch die Einschaltung eines höheren Beamten ist zumindest eine polizeiinterne Kontrolle gewährleistet.

Der Nachteil, dass das SG PolG kein Rechtsmittel gegen die Anordnung vorsieht, wird durch eine beispielhafte Regelung des nachträglichen Rechtsschutzes aufgewogen, indem gemäss Art. 36 lit.a SG PolG erkennungsdienstliche Unterlagen von Amtes wegen vernichtet werden, "wenn sich nachträglich herausstellt, dass sie zu Unrecht beschafft worden sind".

C. Aufbewahrung und Anspruch auf Vernichtung

1. Vorbemerkung

Erwies sich die erkennungsdienstliche Behandlung als unaufschiebbar oder war die Anfertigung erkennungsdienstlichen Materials als solche rechtmässig, so konzentriert sich das Rechtsschutzinteresse des betroffenen Bürgers auf die Beseitigung der bestehenden Unterlagen. Davon soll im folgenden die Rede sein.

2. Die Voraussetzungen für die Vernichtung

a) Wegfallen oder Erreichen des Zweckes

Unbestrittenermassen kann eine Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen nicht ad infinitum möglich sein. Art. 36 lit.b SG PolG, § 8 ZH EDVO und Ziff. 8 BS Weisung halten ausdrücklich fest, dass erkennungsdienstliche Massnahmen dort ihre Berechtigung verlieren, wo entweder der Zweck erreicht ist (z.B. Identifizierung) oder der ursprünglich gedachte Zweck (Verhütung weiterer und/oder erleichterte Aufklärung von zukünftigen Straftaten)

entfallen ist (62). Dies ist, wie vorn (63) ausgeführt, aufgrund kriminalistischer Erfahrungen nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu beurteilen.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Notwendigkeit zur Aufbewahrung auch dann noch bestehe, wenn der Betroffene freigesprochen worden ist. Hauser (64), Markus Meyer (65) und Fuss (66) verlangen, dass die kriminalistischen Unterlagen des unschuldig Verfolgten zu vernichten seien. Nach Riegel (67) ist diese Konsequenz nur dann zwingend, wenn der Freispruch den Betroffenen so umfassend entlastet, dass einer kriminalistischen Zukunftsprognose im Hinblick auf die Notwendigkeit der weiteren Aufbewahrung jeglicher Boden entzogen sei.

Noch weiter geht die Berner Anklagekammer im Entscheid ZBJV 115 (1979) 35. Danach soll es der Kriminalpolizei gestattet sein, "von ihr angelegte Akten über Personen, die freigesprochen, ausser Verfolgung gesetzt oder gar nie angezeigt wurden, aufzubewahren und darüber Register zu führen" (68).

Eine rechtsstaatliche Lösung sollte m.E. vom Grundsatz ausgehen, dass ein Freispruch oder eine Einstellung des Verfahrens die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen zwingend verbietet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Polizei gegen den Freigesprochenen wiederholt Fahndungen einleiten musste. Dieser Vorschlag weicht im Resultat von der Auffassung Riegels nur geringfügig ab.

62) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 20; Mansperger, 87, 88 und 155 f. Vgl. auch § 43 Ziff. 2 AE.

63) Vgl. vorn V B 2.

64) Hauser, Lehrbuch, 187.

65) M. Meyer, 225.

66) Fuss, 322 f.

67) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 20.

68) Vgl. die kritische Stellungnahme zu diesem Entscheid hinten Ziff. 4.

b) Vernichtung von Amtes wegen oder auf Begehren hin?

aa) Die Vernichtung von Amtes wegen

Die Vernichtung von Amtes wegen ist einzig im Kanton SG vorgesehen. Nach Art. 36 lit.a SG PolG werden die Unterlagen des Erkennungsdienstes von Amtes wegen vernichtet, "wenn sich nachträglich herausstellt, dass sie zu Unrecht beschafft worden sind". M.E. kann aus dieser Bestimmung keine Pflicht der Polizei abgeleitet werden, dauernd zu prüfen, ob jede erkennungsdienstliche Massnahme noch rechtmässig ist. Eine ständige Prüfung wäre mit einem unverhältnismässigen Aufwand für die Polizei verbunden und ist verfassungsrechtlich auch nicht geboten, zumal Art. 36 lit.b SG PolG die Vernichtung auf Begehren des Betroffenen hin vorsieht (69). Art. 36 lit.a SG PolG scheint vielmehr auf jene Fälle zugeschnitten zu sein, bei denen sich innert relativ kurzer Zeit unzweifelhaft ergibt, dass für die Aufbewahrung kein Anlass besteht. Stellt sich beispielsweise nachträglich heraus, dass der anlässlich einer Razzia erkennungsdienstlich Behandelte nicht die gesuchte Person war, so hat die Polizei aufgrund von Art. 36 lit.a SG PolG angefertigtes erkennungsdienstliches Material unverzüglich zu vernichten (70). Das Gleiche gilt für erkennungsdienstlich erhobene Informationen von Personen, die in einem Ermittlungsverfahren nicht als Beschuldigte, sondern als Dritte erkennungsdienstlich behandelt wurden, um zwischen tatfremden und tatverdächtigen Spuren unterscheiden zu können (71).

bb) Die Vernichtung auf Begehren des Betroffenen hin

In den Kantonen ZH, BS und SG ist die Vernichtung auf Begehren hin möglich, "wenn keine zureichenden Gründe für die weitere Auf-

69) Ebenso Mansperger, 157/158; Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 20.

70) Mansperger, 87/88.

71) Battaglia, 133; Hauser, Zeugenbeweis, 120 mit weiteren Hinweisen.

bewahrung bestehen" (72) oder wenn sich nachträglich ergibt, "dass die rechtlichen Voraussetzungen zur erkennungsdienstlichen Behandlung fehlen oder dass kein hinlänglicher Grund für die Registrierung vorliegt" (73).

Nach dem Entscheid der Berner Anklagekammer in ZBJV 115 (1979) 35 ist es der Kriminalpolizei erlaubt, praktisch voraussetzungslos erkennungsdienstliche Informationen zu sammeln. Eine Vernichtung auf Begehren hin wird abgelehnt. Wie unter Ziff. 4 noch dazulegen sein wird, ist diese Auffassung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht haltbar.

Gemäss Art. 21 IV VD PolG liegt es im Ermessen des Chefs des Justiz-, Polizei- und Militärdepartements (74), ob dem Antrag des Betroffenen "mise hors de cause" stattzugeben ist. Das Waadtländer Polizeirecht anerkennt also keinen Anspruch auf Vernichtung.

Erhebt der erkennungsdienstlich Behandelte im Kanton VS gestützt auf Art. 166 VS StPO gegen die vom Instruktionsrichter angeordneten erkennungsdienstlichen Massnahmen Beschwerde beim Kantonsgericht, so liegt es aufgrund der heutigen - mangelhaften - Regelung im Ermessen des Gerichtes, ob es den Antrag gutheissen will oder nicht.

cc) Zuständigkeit

Begehren auf Beseitigung der erkennungsdienstlichen Unterlagen sind im Kanton BE bei der Anklagekammer (75), im Kanton SG beim Justiz- und Polizeidepartement (76) und im Kanton VD beim Justiz-

72) Art. 36 lit.b SG PolG.

73) § 8 ZH EDVO; ähnlich Ziff. 8 BS Weisung.

74) Art. 2 VD PolG.

75) Art. 64 II und Art. 69 BE StPO.

76) Gemäss Organigramm vom 1. Januar 1979 ist die Polizei diesem Departement unterstellt (Botschaft SG, 27).

Polizei- und Militärdepartement (77) einzureichen. In der ZH EDVO und in der BS Weisung ist die Frage nicht geregelt (78). Im Kanton VS ist gemäss Art. 167 VS StPO das Kantonsgericht zuständig.

3. Der Anspruch auf Vernichtung

Sind die Voraussetzungen für die Aufbewahrung weggefallen, muss der Betroffene einen Anspruch auf Vernichtung haben (79).

Dieses rechtsstaatliche Postulat ist erst in den Kantonen ZH, BS und SG verwirklicht (80). § 43 II AE verlangt darüber hinaus die Löschung erkennungsdienstlich erhobener Informationen spätestens nach Ablauf von fünf Jahren, sofern die Gefahr weiterer Straftaten nicht fortbesteht. Mit Riegel ist jedoch festzustellen, dass die beispielsweise in Art. 36 SG PolG getroffene Lösung rechtsstaatlichen Erfordernissen bei weitem genügt (81).

77) Art. 2 VD PolG.

78) Auf Anfrage hin teilte der Erste Staatsanwalt des Kantons BS mit, dass Begehren im Sinne von Ziff. 8 der BS Weisung - je nach Aufbewahrungsort des erkennungsdienstlichen Materials - an das Journal des Polizeikommandos oder an die Kriminaltechnische Abteilung der Staatsanwaltschaft zu richten sind. Die Leiter dieser Abteilungen verfügen die Vernichtung oder leiten das Begehren, falls sie diesem nicht zustimmen können, an den Ersten Staatsanwalt zum Entscheid weiter. Laut Auskunft der Kantonspolizei Zürich sind Begehren im Sinne von § 8 ZH EDVO an die Kriminalpolizei der Kantons- bzw. Stadtpolizei zu richten, je nachdem, welches Korps die erkennungsdienstliche Behandlung durchgeführt hat.

79) Hauser, Lehrbuch, 187; Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 20; Mansperger, 158; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 82; Heise/Riegel, 54; § 10 II ME; § 43 I AE.

80) Die Feststellung von Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 20 FN 19, das schweizerische Polizeirecht anerkenne keinen Anspruch auf Vernichtung, ist somit nur teilweise berechtigt.

81) Riegel, Erkennungsdienstliche Unterlagen, 21.

4. Der Entscheid der Berner Anklagekammer in ZBJV 115 35

Ein von der Anschuldigung der Nötigung zu einer anderen unzüchtigen Handlung Freigesprochener verlangte mit einer Beschwerde bei der Anklagekammer die Vernichtung der während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens erstellten Fingerabdrücke und Lichtbilder. Die Beschwerde wurde abgewiesen. Unter Hinweis auf die Art. 209 und 267bis BE StPO, wonach die Akten aufgehobener Untersuchungen und beurteilter Verfahren archiviert bleiben und beim Nachweis eines rechtlich anerkannten Interesses Behörden zur Einsicht offenstehen, gestattete die Anklagekammer der Polizei, "von ihr angelegte Akten über Personen, die freigesprochen, ausser Verfolgung gesetzt oder überhaupt nie angezeigt wurden, aufzubewahren und darüber Register zu führen". Dazu ist Folgendes zu bemerken:

Die Anklagekammer hätte sich für die Frage, ob die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen durch die Polizei grundsätzlich zulässig ist, nicht auf Art. 209 BE StPO berufen müssen. Gesetzliche Grundlage für den Erkennungsdienst der Polizei ist Art. 71bis I BE StPO, der nicht nur die Herstellung, sondern auch die Aufbewahrung der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung deckt (82).

Nach den Ausführungen in diesem Abschnitt ist eine Aufbewahrung ad infinitum, wie sie die Berner Anklagekammer zulässt, mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar, wenn der Zweck erreicht oder weggefallen ist (83). Dies gilt auch im Kanton Bern, obwohl Art. 71bis I BE StPO sich über diese Frage ausschweigt. Die Anklagekammer hat aber die Frage, ob im konkreten Fall die Aufbewahrung eine notwendige Massnahme zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung sei, gar nicht geprüft und insofern willkürlich entschieden. Offenbar war sie der Ansicht, dass dies nicht

82) Vgl. vorn III bei FN 32.

83) Vgl. vorn C 2 a und V B 2.

notwendig sei, weil Art. 209 BE StPO auch für die Aufbewahrung von Polizeiakten gelte.

In dieser Erwägung liegt aber m.E. ein unzulässiger Analogieschluss. Wollte man die Aufbewahrung von Polizeiakten, insbesondere von erkennungsdienstlichen Unterlagen, auf die Bestimmungen über die Archivierung von Gerichtsakten stützen, wie es die Berner Anklagekammer tat, so wären die in den übrigen Kantonen getroffenen Regelungen über den Rechtsschutz bei erkennungsdienstlichen Massnahmen überflüssig. Einer Erweiterung der polizeilichen Befugnisse auf dem Wege des Analogieschlusses kann aber nicht zugestimmt werden. Da der Beschwerdeführer freigesprochen worden war und offenbar nicht zu wiederholten Fahndungen Anlass gegeben hatte, hätte die Beschwerde gutgeheissen und das erkennungsdienstliche Material vernichtet werden sollen.

§ 7 Auskunftspflicht, Vorladung und Vorführung

I. Die Auskunftspflicht Privater gegenüber der Polizei

A. Begriff der Auskunft

"Unter "Auskünften" sind zunächst Verlautbarungen in jeglicher Form zu verstehen, also sowohl mündliche Aussagen wie schriftliche Angaben oder auch die Bekundung irgendwelcher Tatsachen durch Vorlage von Urkunden, Zeugnissen, Büchern usw." (1).

B. Die Begründung der Notwendigkeit der Auskunftspflicht in Lehre und Rechtsprechung

Im strafprozessualen Ermittlungsverfahren besteht weder für den Beschuldigten (2) noch für den Zeugen (3) - mit Ausnahme der Kantone BS und VD (4) - eine Aussagepflicht gegenüber der Polizei. Gilt nun dieser Grundsatz auch im Polizeirecht? Namhafte Vertreter der deutschen Polizeirechtslehre verneinen dies und sind der Ansicht, dass der Bürger verpflichtet sei, zum Zwecke der Gefahrenabwehr der Polizei gegenüber Auskünfte zu erteilen (5).

Das Zürcher Verwaltungsgericht hat sich dieser Auffassung mit der zutreffenden Begründung angeschlossen, dass die Polizei ihren Auftrag der Gefahrenabwehr nur erfüllen könne, "wenn sie über Entstehung, Art und Umfang von Störungen und Gefährdungen Auskunft verlangen darf und der Befragte Auskunft zu geben verpflicht-

1) Wacke, 162.

2) Statt vieler Hauser, Lehrbuch, 83.

3) Hauser, Zeugenbeweis, 86 mit weiteren Hinweisen in FN 34.

4) Vgl. BS StPO 125 III; VD StPO 170.

5) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Ule/Rasch, 77 Rn 58 ff., insbesondere 59 und 63; Heise/Riegel, 44; Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung, 68 f.; Bosshart, 200.

tet ist" (6). Wenn die Polizei verständigerweise aus einer Situation auf das Verliegen einer Gefahr schliessen darf - man denke etwa an den Gefahrenverdacht und die Anscheinstörung (7) -, so muss sie auch dazu berechtigt sein abzuklären, ob die angenommene Gefahr auch wirklich gegeben ist (8). In solchen Fällen benötigt die Polizei umfassende Informationen, um sachgerecht Massnahmen einleiten zu können. Die Auskunftspflicht ist geradezu Voraussetzung dafür, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (9).

C. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

Abgesehen von § 125 III BS StPO und Art. 170 VD StPO bestehen keine gesetzlichen Grundlagen, die eine Auskunftspflicht Privater gegenüber der Polizei begründen. Als Rechtsgrundlage kommt aber die polizeiliche Generalklausel in Betracht (10). De lege ferenda ist jedoch in den Polizeigesetzen eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen (11).

- 6) RB 1964 Nr. 5; vgl. auch BGE 92 I 34. Zur Notwendigkeit der Auskunftspflicht Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Ule/Rasch, 76 Rn 54.
- 7) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 110 f. Vgl. auch BGE 92 I 34.
- 8) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Wacke, 163. Vgl. auch BGE 92 I 34.
- 9) RB 1964 Nr. 5. Kölz, § 7 N 37, mahnt zur Zurückhaltung bei der Annahme einer Mitwirkungs- und Auskunftspflicht ausserhalb des Anwendungsbereiches von § 7 II lit.a und b VRG.
- 10) RB 1964 Nr. 5; Bosshart, 200; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Heise/Riegel, 44; Ule/Rasch, 70 f. Rn 56; Wacke, 164 f.; Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung, 70.
- 11) § 11 ME setzt das Vorhandensein einer Auskunftspflicht voraus, bildet hierfür aber keine gesetzliche Grundlage. Die Frage, ob eine Auskunftspflicht besteht, ist unabhängig davon zu beantworten, wie die Polizeigesetze die Erzwingbarkeit von Vorladungen regeln (Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 84).

D. Die Auskunftspflichtigen Personen

1. Der Störer

Zur Auskunftserteilung gegenüber der Polizei ist einmal derjenige verpflichtet, der für den aufklärungsbedürftigen Sachverhalt als Verhaltens- oder Zustandsstörer verantwortlich ist (12). Die Auskunft muss ein notwendiges Mittel zur Abwendung der Gefahr darstellen (13). Hat jemand z.B. Munition vergraben oder Waffen versteckt, so muss die Polizei mit Hilfe des Störers den Sachverhalt aufklären (14). Sie hat das Bestehen, die Art und den Umfang der Gefahr so rasch als möglich festzustellen und kann nicht zuzwarten, bis sich die Lage für jedermann als dringende Gefahr entpuppt. Daher ist auch derjenige, der nur den Anschein oder den Verdacht einer Gefahr verursacht hat, zur Auskunftserteilung verpflichtet (15).

2. Der Nichtstörer

Nichtstörer ist, wer für den aufklärungsbedürftigen Sachverhalt nicht verantwortlich ist. Er kann deshalb nach den allgemeinen Regeln nur im Falle eines Notstandes zur Auskunftserteilung verpflichtet werden. Wenn die Polizei ohne dessen Auskunft die Gefahr nicht frühzeitig genug, nur unvollständig oder nicht mit den einfachsten geeigneten Mitteln selbst abwenden kann, so ist jedermann, der zur Bekämpfung der Gefahr durch das Erteilen einer Auskunft beizutragen vermag, gehalten, auf Anfrage hin seine Wahrnehmungen und Kenntnisse der Polizei mitzuteilen (16).

12) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Wacke, 166; Ule/Rasch, 77 Rn 58, 78 Rn 61.

13) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Wacke, 165; Ule/Rasch, 77 Rn 58.

14) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85.

15) Wacke, 166; Bosshart, 200, spricht zutreffend vom "potentiellen Störer".

16) Wacke, 166. Ule/Rasch, 79 Rn 62, bezeichnet diese Situation als Aufklärungsnotstand.

E. Inhalt der Auskunftspflicht

1. Vorbemerkung

Wie im Strafprozessrecht die Zeugnispflicht begründet im Polizeirecht die Auskunftspflicht im wesentlichen eine Aussage- und Wahrheitspflicht (17) und eine Erscheinungspflicht (18).

2. Die Aussage- und Wahrheitspflicht

Die Aussagepflicht des Bürgers gegenüber der Polizei erstreckt sich im wesentlichen auf die Auskunft zur Sache (19) und kann nur als Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage verstanden werden, weil nur eine wahre Aussage der Polizei die für den Sachverhalt zutreffenden Kenntnisse vermittelt (20).

Die Auskunftspflicht kann auf dem Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden (21). Wer sich beispielsweise weigert, der Polizei die gewünschten Angaben über eine bewilligungspflichtige Veranstaltung zu machen, muss damit rechnen, dass ihm die Bewilligung nicht erteilt wird (22). Wie im Strafprozessrecht (23) kommt der Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB auch im Polizeirecht grosse Bedeutung zu. Die Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB entspricht etwa dem deutschen Rechtsinstitut des

17) Hauser, Zeugenbeweis, 106 ff.

18) Hauser, Zeugenbeweis, 97 ff.

19) Hauser, Zeugenbeweis, 106, nennt noch die Bekanntgabe der Personalien und die Frage über die persönlichen Beziehungen zu den Parteien.

20) Hauser, Zeugenbeweis, 107.

21) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 86. Zum Verwaltungszwang vgl. Heinrich Andreas Müller, Der Verwaltungszwang, Diss Zürich 1975.

22) Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall der Androhung administrativer Nachteile (H.A. Müller, 60 f.).

23) Hauser, Zeugenbeweis, 112.

Zwangsgeldes (24) und bedarf keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung (25).

In den Kantonen BS und VD, wo der Polizei das Recht, Zeugen einzuvernehmen, durch das Strafprozessrecht ausdrücklich eingeräumt wird (26), kann die Polizei zur Erzwingung einer wahrheitsgemässen Aussage wie der Untersuchungsrichter zu sämtlichen, in der jeweiligen Strafprozessordnung vorgesehenen Mitteln greifen (27). Wer im Kanton BS oder VD vor der Polizei falsch aussagt, macht sich ausserdem wegen falschen Zeugnisses strafbar (28).

3. Die Erscheinungspflicht

Wie im Strafprozessrecht die Zeugnisspflicht begründet im Polizeirecht die Auskunftspflicht eine Erscheinungspflicht, welche aber erst mit der Vorladung wirksam wird (29).

F. Grenzen der Auskunftspflicht

Der Auskunftspflicht des Bürgers gegenüber der Polizei ist durch das Strafprozessrecht eine Grenze gesetzt. Die polizeilichen Befugnisse dürfen nämlich nicht zu einer Aushöhlung der Rechte des Zeugen und des Beschuldigten führen (30). Im Strafprozessrecht gilt der Grundsatz, dass jedermann die Aussage verweigern kann,

24) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 86; Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung, 70; H.A. Müller, 49.

25) H.A. Müller, 75.

26) § 125 III BS StPO; Art. 170 VD StPO. Im Kanton VD beruht dieses Recht auf einer Ermächtigung des Untersuchungsrichters (Hauser, Zeugenbeweis, 86).

27) Hauser, Zeugenbeweis, 109 ff.

28) Hauser, Zeugenbeweis, 86.

29) Hauser, Zeugenbeweis, 97 f. Zur Vorladung und Vorführung vgl. hinten II und III.

30) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85 f.; Wacke, 168; Ule/Rasch, 78 Rn 59; Riegel, Bemerkungen, 688.

wenn diese ihn selbst oder einen seiner Angehörigen der Gefahr der Strafverfolgung aussetzte (31) oder wenn die Beantwortung einer Frage seiner Ehre (32) oder seinem Vermögen (33) nachteilig wäre.

Kein Grund zur Aussageverweigerung besteht jedoch dann, wenn der Betreffende durch seine Auskunft lediglich polizeiliche Massnahmen gegen sich selbst auslöst (34).

Daraus ergibt sich, dass die Auskunftspflicht Privater gegenüber der Polizei auf den Bereich der reinen Gefahrenabwehr zu beschränken ist (35). Diese Schranke ist insbesondere bei polizeilichen Ermittlungen im "Vorfeld" eines Strafverfahrens zu beachten. Es geht nicht an, eine vom Strafverfahrensrecht nicht statuierte Pflicht zur Aussage auf dem Umwege über das Polizeirecht einzuführen (36). Vorbehalten bleiben anderslautende gesetzliche Bestimmungen, wie sie in den Kantonen BS und VD existieren.

G. Durchführung der Vernehmung

Ort, Zeit und Art der Auskunfterteilung müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Fall zu Fall bestimmt werden. Ob die Polizei von einer Person am Ort der Gefahr oder auf der Dienststelle, sofort, am Feierabend oder binnen einer Frist, mündlich oder schriftlich Auskunft verlangen kann, hängt davon ab, welche konkrete Gefahr der aufklärungsbedürftige Sachverhalt

31) Vgl. z.B. Art. 79 BStP; § 131 ZH StPO; Art. 141 I Ziff. 2 BE StPO.

32) § 131 ZH StPO; § 40 BS StPO; Art. 195 VD StPO.

33) Art. 79 BStP; Art. 86 VS StPO.

34) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85; Wacke, 167; Ule/Rasch, 77 Rn 59.

35) Ebenso Riegel, Bemerkungen, 688; Heise/Riegel, 58. Nach Kern/Roxin, 176, ist deshalb auch die polizeirechtliche Vorführung zur Vernehmung nur zur Abwehr einer Gefahr zulässig.

36) A.M. Ule/Rasch, 84 f. Rn 81.

birgt und wie dringend diese Gefahr der Bekämpfung bedarf (37).

Vor der Vernehmung hat die Polizei den Betroffenen stets über das Bestehen einer Auskunftspflicht und über die möglichen Sanktionen der Aussageverweigerung oder der falschen Aussage zu belehren (38). Auch wenn die Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr eine Auskunft verlangt, darf sie wie im Strafprozessrecht keine verbotenen Verhörmethoden wie z.B. Täuschung, Zwang oder andere unerlaubte Mittel anwenden (39).

II. Die Vorladung

A. Begriff und Wesen

Eine Vorladung ist ein Befehl einer Behörde (in casu der Polizei) an eine bestimmte Person, zu einer bestimmten Zeit vor einer bestimmten Amtsstelle zu erscheinen (40). Sie enthält somit zugleich das Verbot, sich während dieser Zeit an einem andern als dem angegebenen Ort aufzuhalten (41). Sie greift damit in das ungeschriebene Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit ein (42). Wesentlich für die Vorladung ist die Möglichkeit, sie zwangsweise durchzusetzen (43). Eine Vorladung, die nicht erzwingbar ist, stellt eine Erscheinungsbitte dar (44).

37) Ule/Rasch, 79 Rn 64.

38) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 85.

39) Vgl. z.B. Art. 100 BE StPO; Hauser, Lehrbuch, 151 f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 86.

40) M. Meyer, 73; Battaglia, 49.

41) Ule/Rasch, 81 Rn 70.

42) M. Meyer, 73; Ule/Rasch, 82 Rn 70.

43) Battaglia, 49.

44) Hauser, Zeugenbeweis, 98.

B. Zweck der Vorladung

Die Vorladung stellt insofern eine Massnahme des Polizeirechts dar, als sie der Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten oder Wahrnehmung anderer sicherheitspolizeilicher Zwecke (45) oder der Vernehmung einer Person auf der Polizeidienststelle dient (46).

C. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

Ein Vorladungsrecht der Polizei sehen lediglich die Basel-Städter und die Waadtländer Strafverfahrensgesetze vor. § 125 III BS StPO bestimmt, der Kriminalkommissär dürfe ausser den in Abs. 1 genannten alle zur Durchführung des Ermittlungsverfahrens notwendigen Zwangsmassnahmen treffen. Darunter fällt auch das Recht zur Vorladung von Personen gemäss §§ 47 ff. BS StPO. Nach Art. 170 VD StPO steht diese Befugnis der Polizei nur bei einer Ermächtigung durch den Untersuchungsrichter zu (47). Eine von der Polizei angeordnete Vorladung ohne gesetzliche Ermächtigung ist möglich, aber nicht erzwingbar und stellt deshalb eine blosser Erscheinungsbitte dar (48).

45) Vgl. vorn § 6 V B und C.

46) § 11 I ME; § 17 I AE.

47) Zu beachten ist aber die Sonderregelung gemäss Art. 168 III VD StPO für die Vorführung in dringenden Fällen.

48) M. Meyer, 78; Hauser, Zeugenbeweis, 98; Battaglia, 56.

D. Die Voraussetzungen

1. Die Vorladung zur Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen

Diese Vorladung ist unproblematisch, weil erkennungsdienstliche Massnahmen nur auf dem Polizeiposten sachgerecht durchgeführt werden können (49). Die Vorladung zur Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist jedoch nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für die erkennungsdienstliche Behandlung ihrerseits gegeben sind (50). Die mangelhafte Regelung dieses Vorladungstatbestandes in den Schweizer Polizeigesetzen wiegt nicht schwer. Denn erkennungsdienstliche Massnahmen erfolgen zum grössten Teil im Rahmen einer Identitätsfeststellung oder nach einer vorläufigen Festnahme oder einer Verhaftung. In all diesen Fällen erübrigt sich eine Vorladung. Aus diesen Gründen erscheint es den Autoren des Alternativentwurfes fraglich, ob man die Vorladung zur Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen überhaupt gesetzlich regeln soll (51).

Bildet ein konkretes Strafverfahren den formellen Anlass für die erkennungsdienstliche Behandlung, so erfolgt die Vorladung mangels selbständiger Kompetenz der Polizei ohnehin durch den Untersuchungsrichter (52). Da in den Kantonen ZH und BS keine ausreichenden gesetzlichen Grundlagen für die erkennungsdienstliche Behandlung bestehen, ist die Vorladung zu diesem Zweck auf jeden Fall unstatthaft.

49) Heise/Riegel, 57.

50) Schütz, 119.

51) AE, 74 f. N 3.

52) Schütz, 119; Fäh, 11/12.

2. Die Vorladung zur Vernehmung

Die Vorladung zum Zwecke der allgemeinen Ausforschung einer Person ist ausnahmslos verboten (53). Deshalb darf nach § 11 I Ziff. 1 ME die Polizei eine Person nur vorladen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betreffende Person sachdienliche Angaben machen kann, die zur Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe notwendig sind (54). Die Vorladung begründet keine Verpflichtung zur Aussage (55) und ist auch zulässig, wenn die Aussage verweigert werden kann (56). Denn das Erscheinen auf der Dienststelle kann auch ohne Aussage des Betroffenen der Aufklärung eines Sachverhalts dienen, wenn beispielsweise eine Person lediglich zur Gegenüberstellung vorgeladen wird (57).

E. Form der Vorladung

Die Vorladung erfolgt schriftlich (58) und muss analog den Regeln des Strafprozessrechts folgende Bestandteile enthalten (59): Bezeichnung der vorgeladenen Person, Gegenstand des Verfahrens bzw. Zweck der Vorladung (60), Ort und Zeit des Erscheinens, Hinweis auf die Pflicht zu erscheinen und die Folgen des Ausbleibens, Name und Unterschrift des Beamten. Um den Zweck der Sachverhaltsaufklärung nicht zu vereiteln, muss unter Umständen der Hinweis auf den Zweck bzw. den Gegenstand der Befragung unterbleiben (61). Bei der Ladung soll auf den Beruf und die sonstigen Lebensverhältnisse Rücksicht genommen werden (62).

53) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83; AE, 74 N 2.

54) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83.

55) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83.

56) Hauser, Zeugenbeweis, 99.

57) Ule/Rasch, 82 Rn 73.

58) Nach § 11 I ME und § 17 I AE ist die Vorladung auch in mündlicher Form zulässig.

59) Statt vieler Hauser, Lehrbuch, 103.

60) M. Meyer, 77; § 11 II ME; § 17 II AE.

61) Hauser, Lehrbuch, 103.

62) AE 17 II; ME 11 II; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83.

F. Die Entschädigung

Dem zur Auskunfterteilung vorgeladenen Nichtstörer ist nach deutschem Recht (63) eine Entschädigung auszurichten. In der Schweiz entrichtet die Polizei keine Zeugengelder (64).

III. Die Vorführung

A. Begriff und Wesen

Unter Vorführung ist die im Zwangswege erfolgende Durchsetzung der Vorladung zu verstehen (65). Die Vorführung ist ein erheblich grösserer Eingriff in die persönliche Freiheit als die Vorladung, so dass sie auch mit strengeren Kautelen zu versehen ist (66). Entgegen der Auffassung der Autoren des Alternativentwurfes (67) lässt sich die Vorführung vom polizeilichen Gewahrsam hinreichend abgrenzen. Wie bei der Mitnahme auf den Polizeiposten zur Feststellung der Personalien liegt der Unterschied zwischen der Vorführung und dem Polizeiverhaft darin, dass die Vorführung lediglich ein notwendiges Hilfsmittel für eine weitere Massnahme, sei es eine erkennungsdienstliche Behandlung, sei es eine Vernehmung oder Gegenüberstellung, darstellt und nicht direkt der Abwehr einer Gefahr oder der Beseitigung einer Störung dient (68). Die Vorführung ist nur zulässig, wenn sie in einem Gesetz ausdrücklich verankert ist (69). Die Generalklausel kommt als Rechtsgrundlage nicht in Betracht (70).

63) § 11 V ME; § 17 IV AE.

64) Hauser, Zeugenbeweis, 126 FN 18.

65) Kern/Roxin, 176; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83.

66) M. Meyer, 82.

67) AE, 75 N 5.

68) Hoffmann-Riem, Sistierung, 758 FN 98 mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch vorn § 5 IV B 1 und hinten § 9 I B 1.

69) Hauser, Zeugenbeweis, 103; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 83.

70) Hauser, Zeugenbeweis, 103.

B. Der Zweck der Vorführung

Der Zweck der Vorführung ist derselbe wie derjenige der Vorladung, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt II B zu verweisen ist.

C. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

Das Recht zur zwangsweisen Durchführung der Vorladung steht der Polizei nur in den Kantonen BS und VD gestützt auf § 125 III i.V.m. den §§ 51 f. BS StPO und Art. 170 i.V.m. Art. 114 lit.b VD StPO und aufgrund von Art. 168 III VD StPO zu. Die Vorführung gemäss Art. 168 III VD StPO ist der Polizei nur bei Gefahr im Verzug erlaubt, wobei die Ausstellung des Vorführungsbefehls einem vom Staatsrat speziell bezeichneten, höheren Polizeibeamten vorbehalten bleibt.

D. Die Voraussetzungen

1. Allgemeines

Es darf niemand vorgeführt werden, der einer polizeilichen Vorladung nicht gefolgt ist, bevor nicht zweifelsfrei festgestellt ist, dass der Adressat ohne Verhinderungsgrund seiner Erscheinungspflicht nicht nachkam (71). Ohne Vorladung darf die Polizei gemäss Art. 168 III VD StPO eine Person nur vorführen, wenn Gefahr im Verzug liegt.

71) Schütz, 129; vgl. auch § 11 III ME.

2. Die Vorführung zur Vornahme erkennungsdienstlicher Massnahmen

Die im Abschnitt II D 1 gemachten Ausführungen gelten sinngemäss auch für die Vorführung.

3. Die Vorführung zur Vernehmung

Die Vorführung einer Person zur Vernehmung ist nicht unproblematisch (72), auch wenn die Auskunftspflicht auf den rein präventiven Bereich beschränkt wird (73). Einige deutsche Polizeigesetze verbieten den Polizeibehörden die Vorführung von Personen zur Vernehmung (74).

So wird unter anderem gegen die Zulässigkeit der polizeilichen Vorführung der Einwand vorgebracht, die zwangsweise Durchsetzung der Vorladung sei unverhältnismässig. Die Polizei habe nämlich trotz der Möglichkeit der Vorführung kein Mittel in der Hand, bei Renitenz des Betreffenden eine Aussage zu erzwingen (75). Dieses Argument ist nicht stichhaltig, weil sonst auch die vom Untersuchungsrichter angeordnete Vernehmung von Beschuldigten und Zeugen, die nicht aussagebereit sind, als unverhältnismässig zu betrachten wäre (76).

Davon kann aber nicht die Rede sein, zumal nach schweizerischem Strafprozessrecht auch jene Zeugen vor Gericht erscheinen müssen, die ein Zeugnisverweigerungsrecht haben (77). Ausserdem ist es

72) AE, 75 N 5.

73) Auch im Strafprozessrecht ist das selbständige Recht der Polizei, Zeugen vorzuführen, nicht unumstritten (Battaglia, 53 FN 14).

74) Z.B. im Lande Niedersachsen (AE, 75 N 5; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 84).

75) Vgl. bei Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung, 69.

76) Riegel, Bemerkungen, 688.

77) Vgl. z.B. BE StPO 136; BD StPO 189; VS StPO 84 Ziff. 2; Hauser, Zeugenbeweis, 99.

nicht ausgeschlossen, dass sich der Vorgeladene durch die Androhung der Vorführung zur Aussage bewegen lässt, die er ohne diesen psychischen Druck nicht gemacht hätte (78).

Auch geht es nicht an, die Vorführung als sinnlos zu bezeichnen, weil keine Auskunftspflicht bestehe, wie dies die Autoren des Alternativentwurfes behaupten (79). Im Abschnitt I ist dargelegt worden, dass eine Auskunftspflicht Privater gegenüber der Polizei besteht, die sich in den Kantonen BS und VD sogar auf das strafprozessuale Ermittlungsverfahren erstreckt. Auf dieses Argument ist deshalb nicht weiter einzutreten.

§ 11 III Ziff. 1 ME beschränkt die Vorführung auf jene Fälle, in denen die Angaben zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person notwendig sind. Die Basel-Städter und die Waadtländer Regelungen des polizeilichen Vorführungsrechts, die primär auf strafprozessuale Interessen ausgerichtet sind und nur in sog. Gemengelagen präventivpolizeiliche Bedeutung erlangen, sehen eine derartige Einschränkung nicht vor. Besteht aber keine einigermaßen begründete Erwartung, dass die vorgeführte Person die an sie gerichteten Fragen beantworten kann, so ist sie - wenn auch nicht sofort - wieder zu entlassen (80).

E. Der Vorführungsbefehl

Der Vorführungsbefehl muss die gleichen Angaben wie die Vorladung enthalten (81). Zur Anordnung einer Vorführung ist im Kanton BS

78) Sigrist, Kurzfristige Freiheitsentziehung, 69; Riegel, Bemerkungen, 688.

79) AE, 75 N 5.

80) Diese in BGE 98 Ia 425 im Zusammenhang mit der Beugehaft entwickelten Kriterien können m.E. sinngemäss auch auf den hier zur Diskussion stehenden Tatbestand angewendet werden.

81) Vgl. vorn II E.

der Kriminalkommissär (82) und im Kanton VD der vom Untersuchungsrichter ermächtigte Polizeibeamte (83) zuständig. Liegt Gefahr im Verzug, so bedarf es zur Vorführung keiner vorangehender Vorladung (84). Art. 168 III VD StPO verlangt bei Gefahr im Verzug einen Vorführungsbefehl, der von einem vom Staatsrat speziell bestimmten, höheren Polizeibeamten ausgestellt wird.

F. Die Bedeutung der EMRK

Sofern die Vorführung als kurzfristige Freiheitsetznziehung vom Anwendungsbereich des Art. 5 I EMRK überhaupt erfasst wird, ist sie durch den Vorbehalt in Art. 5 I lit.b EMRK 2. Alt. gedeckt (85). Welche Bedeutung die EMRK für die polizeilichen Freiheitsentziehungen hat, wird im Kapitel über den polizeilichen Gewahrsam näher erörtert.

82) BS StPO 125.

83) VD StPO 170 i.V.m. 114 lit.b.

84) BS StPO 51 II.

85) Trechsel, EMRK, 336 f.

§ 8 Die Wegweisung

I. Begriff und Wesen

Unter Wegweisung versteht man die Aufforderung an eine oder mehrere bestimmte Personen, sich vorübergehend von einem bestimmten Ort zu entfernen oder ihn nicht zu betreten (1). Die Wegweisung ist eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit (2), aber keine Freiheitsentziehung (3). Auf Art. 5 EMRK angewandt bedeutet dies, dass diese Bestimmung keinen Schutz auch gegen ein mehrere Stunden oder Tage dauerndes Fernhalten von einem bestimmten Ort bietet (4).

Die Wegweisung kann hingegen einen Eingriff in die Freizügigkeit darstellen (5), wenn beispielsweise wegen einer bevorstehenden Naturkatastrophe oder eines Unfalls in einem Chemiewerk wie in Seveso im Juli 1976 die Bewohner einer Gemeinde für mehrere Monate oder gar Jahre evakuiert werden müssen (6).

Wie in der BRD (7) stützt man auch in der Schweiz die Wegweisung - abgesehen von wenigen Ausnahmen (8) - auf die polizeiliche Generalklausel (9). Obwohl die Wegweisung in der Regel keinen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt, wäre es aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen zu begrüssen, wenn sie wie im

- 1) Art. 29 SG PolG; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91; König, 356. In der BRD wird für Wegweisung der Begriff Platzverweisung verwendet. (§ 19 AE; § 12 ME; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91; König, 355).
- 2) König, 356; AE, 77 N 2.
- 3) Zum Begriff der Freiheitsentziehung vgl. vorn § 9 I A.
- 4) Trechsel, EMRK, 181.
- 5) Die Freizügigkeit ist durch Art. 45 BV geschützt (vgl. Spoendlin, 48).
- 6) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 160; vgl. auch AE, 78 N 4; a.M. Heise/Riegel, 60.
- 7) Heise/Riegel, 60.
- 8) Vgl. dazu hinten III.
- 9) Botschaft SG, 15; Zuppinger, 63.

Kanton SG (10) auch in den übrigen Kantonen gesetzlich geregelt wäre.

II. Der Zweck der Wegweisung

Gemäss Art. 29 lit.a SG PolG kann die Polizei ernsthaft und unmittelbar gefährdete Personen von einem Ort wegweisen oder fernhalten. Die Wegweisung hat in diesem Fall eindeutig den Charakter einer Massnahme zum Schutze vor sich selbst. Als Beispiele wären etwa die Absperrung eines von einer Naturkatastrophe bedrohten Gebietes oder die Evakuierung der Bevölkerung aus einer durch einen Chemieunfall verseuchten Region zu nennen (11). Sowohl § 12 ME als auch § 19 AE regeln diesen Tatbestand nicht.

Nach Art. 29 lit.b SG PolG dient die Wegweisung ausserdem dazu, den ungestörten Einsatz von Polizeikräften, Feuerwehr oder Rettungsdiensten zu gewährleisten (12). Als Beispiel sei die Wegweisung von Personen aus einer zum Zwecke einer Massenkontrolle abgesperrten Zone angeführt (13).

Gemäss § 12 ME und § 19 AE darf die Polizei Personen, die eine Gefahr verursachen, zur Abwehr dieser Gefahr von einem Ort wegweisen oder fernhalten. Art. 29 SG PolG erwähnt diesen Fall nicht. Deshalb muss im kanton SG beispielsweise die Aufforderung an eine versammelte Menschenmenge, das Gelände zu verlassen, nach wie vor auf die in Art. 2 II SG PolG verankerte Generalklausel gestützt werden (14). Unter diesen Tatbestand ist auch die

10) Art. 29 SG PolG.

11) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 160; Zuppinger, 63.

12) Vgl. auch § 12 ME und § 19 AE.

13) Vgl. vorn § 5 II C 1 mit weiteren Hinweisen.

14) Dieses Beispiel der Wegweisung findet sich bei König, 356, und Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 71.

Wegweisung von Personen, die eine polizeiliche Amtshandlung stören, zu subsumieren (15). Dieser Fall ist hingegen von Art. 29 lit.b SG PolG wieder abgedeckt.

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

Mit Ausnahme des Kantons SG ist die Wegweisung soweit überblickbar nirgends ausdrücklich geregelt. Zu erwähnen bleibt höchstens § 94 II ZH StPO, wonach Personen, welche den Anordnungen der Untersuchungsbehörden während einer Hausdurchsuchung nicht Folge leisten, weggewiesen werden können. Ohne jedoch die Wegweisung ausdrücklich hervorzuheben, ermächtigen auch die Art. 180 BE StPO und Art. 219 VD StPO den Untersuchungsbeamten, die zur Durchführung einer Haussuchung nötigen Vorsichtsmassregeln zu treffen. In dieser Befugnis dürfte auch das Recht zur Wegweisung enthalten sein. Diese strafprozessualen Bestimmungen haben jedoch nur einen äusserst kleinen Anwendungsbereich. Mangels ausdrücklicher Normierung kommt als Ermächtigungsgrundlage die polizeiliche Generalklausel in Betracht (16).

IV. Die Voraussetzungen der Wegweisung

A. Die Wegweisung von gefährdeten Personen

Gemäss Art. 29 lit.a SG PolG kann die Polizei vorübergehend Personen von einem Ort wegweisen oder fernhalten, wenn sie ernsthaft und unmittelbar gefährdet sind. Diese Massnahme wirft das heikle Problem des Schutzes vor sich selbst auf. Es ist anerkannt, dass die Polizei Selbstgefährdungen verhindern darf, wenn schützenswerte öffentliche Interessen tangiert sind (17). Bei der Selbstgefährdung die Grenze zwischen schützenswerten öffent-

15) Heise/Riegel, 60.

16) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91; Heise/Riegel, 60.

17) Zuppinger, 62 ff; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 114 ff.; Jost, 50-55.

lichen Interessen und individueller Freiheit zu ziehen, fällt indes nicht leicht. Nach der Auffassung Zuppingers, der zuzustimmen ist, hat die Polizei das Publikum, d.h. eine nach Zahl und Individualität unbestimmte Vielheit von Personen, vor Gefahren zu schützen. Der Einzelne wird von diesem Schutz nur miterfasst, soweit er in einem sozialen Zusammenhang mit dem Publikum steht. Ist das nicht der Fall, so darf die Polizei zum Schutze des Einzelnen nur bei einer Selbstgefährdung mit höchstwahrscheinlicher Todesfolge eingreifen (18).

Anhand zweier Beispiele soll der Grenzverlauf zwischen schutzwürdigen öffentlichen Interessen und individueller Freiheit aufgezeigt werden. So darf die Polizei die Bewohner einer Gemeinde aus einem durch eine Naturkatastrophe bedrohten oder durch einen Chemieunfall verseuchten Gebiet evakuieren und Personen, die sich in die abgesperrte Zone begeben wollen, den Zutritt verweigern (19). Hingegen wäre es unhaltbar, Alpinisten allgemein zu verbieten, eine sehr schwierige Tour zu unternehmen (20), weil hier keine Selbstgefährdung mit höchstwahrscheinlicher Todesfolge angenommen werden kann.

B. Die Wegweisung von Personen, die den Einsatz der Polizei, Feuerwehr oder von Rettungsdiensten stören

Diese Wegweisung ist unproblematisch. Wer z.B. die Polizei daran hindert, eine Amtshandlung vorzunehmen, stört die öffentliche Sicherheit und Ordnung und darf weggewiesen werden (21). Die Wegweisung ist eine häufige Begleitmassnahme der Razzia, die nur dann ungestört ablaufen kann, wenn während der polizeilichen Identitätskontrolle keine Personen mehr hinzutreten (22).

18) Zuppinger, 70; Jost, 52.

19) Zuppinger, 63; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 160.

20) Zuppinger, 65 f., zum sog. "Eigernordwandverbot" der Berner Regierung.

21) Heise/Riegel, 60.

22) Vgl. vorn § 5 III C 1; Schwan, 262 f.

C. Die Wegweisung zur Abwehr einer Gefahr

Der St. Galler Gesetzgeber hat davon abgesehen, die Wegweisung mit dieser umfassenden Zweckbestimmung zu regeln. Aus dieser Unterlassung ergeben sich Lücken im Befugniskatalog der Polizei. So ist wie in den übrigen Kantonen auch im Kanton SG die polizeiliche Generalklausel (23) die Ermächtigungsgrundlage für die Polizei, im Falle einer schweren und unmittelbaren Gefahr die Auflösung einer Demonstration anzuordnen (24). Denn Art. 29 lit.a SG PolG sieht lediglich eine Massnahme zum Schutze vor sich selbst vor, und lit.b richtet sich nur gegen jene Personen, die den Polizeieinsatz behindern, nicht aber gegen jene, deren Verhalten den Polizeieinsatz eigentlich ausgelöst hat.

23) Art. 2 II SG PolG.

24) Zum Erfordernis des Auflösungsbefehls Bosshart, 195.

§ 9 Der polizeiliche Gewahrsam

I. Begriff, Wesen und Abgrenzungen

A. Begriff und Wesen

"Der Polizeigewahrsam ist eine vorübergehende Freiheitsentziehung, die selbst und unmittelbar die (Polizei-) Gefahr abwehren soll, bei der also die Freiheitsentziehung im Mittelpunkt steht und nicht nur Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks ist" (1).

Da eine Freiheitsentziehung nur dann vorliegt, "wenn jemand gegen oder ohne seinen Willen durch die öffentliche Gewalt an einem bestimmten, eng umgrenzten Ort festgehalten wird" (2), stellt die Schutzhaft auf Ersuchen des bedrohten Bürgers keinen eigentlichen Gewahrsamsfall dar (3). Der polizeiliche Gewahrsam ist ein schwerwiegender Eingriff in die persönliche Freiheit und ist deshalb nur aufgrund einer ausdrücklichen, formellen gesetzlichen Grundlage zulässig (4).

1) Reinhard Hoffmann, 475.

2) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 104 GG N II 3 (zit. nach Trechsel, EMRK, 180).

3) Ule/Rasch, 89 Rn 108; Heise/Riegel, 61.

4) BGE 99 Ia 269 F. 5. Da der Polizeigewahrsam eine Freiheitsentziehung wie die Untersuchungshaft und die Freiheitsstrafe darstellt, gelten jene Ausführungen des Bundesgerichtes auch für den Polizeiverhaft. (Vgl. auch hinten III B.)

B. Abgrenzungen und Einschränkungen

1. Die nur mittelbar der Gefahrenabwehr dienenden Freiheitsentziehungen

Die Mitnahme und das Festhalten auf der Wache zur Identitätsfeststellung (5) und die Vorführung (6) beschränken die persönliche Freiheit in gleicher Weise wie der polizeiliche Gewahrsam. Jene unterscheiden sich von diesem aber dadurch, dass sie nur mittelbar der Gefahrenabwehr dienen und deshalb lediglich Nebenwirkungen anderer Massnahmen darstellen (7). Ob sich diese Unterscheidung auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht - zu denken ist an die Garantien von Art. 5 III und IV EMRK - auswirkt, wird später noch zu prüfen sein (8).

2. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung

Aus dem polizeilichen Gewahrsam hat sich als selbständiges Rechtsinstitut die in Art. 397a ff. rev. ZGB (9) nun abschliessend (10) geregelte fürsorgerische Freiheitsentziehung (11) entwickelt (12). Die Einweisung von Geisteskranken, Geistesschwachen, Suchtkranken und völlig Verwahrlosten (13) in eine Anstalt kann auch der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen und ist materiell ein Anwendungsfall des polizeilichen Gewahrsams (14).

5) Vgl. vorn § 5 II B und V B 2.

6) Vgl. vorn § 7 III A.

7) Heise/Riegel, 61 f. Im Resultat gleich das Zürcher Obergericht in ZR 31 (1932) Nr. 120, S. 220. Ebenso war der heute abgeschaffte Dirnenverhaft zum Zwecke der Untersuchung von Prostituierten lediglich ein Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks (Willfratt, 51 f.).

8) Vgl. hinten V B 7 b aa.

9) BB1 1977 III 59 f., Art. 397a ff. rev. ZGB.

10) BB1 1977 III 19 und 26.

11) So die offizielle Bezeichnung (BB1 1977 III 21 und 59).

12) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 88.

13) Art. 397a rev. ZGB.

14) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 88. Zur Frage, ob die öffentliche Wohlfahrt bzw. Fürsorge Bestandteil des Polizeibegriffs sei, vgl. Jost, 107 ff.

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung gehört aber nicht mehr zum eigentlichen Aufgabenbereich der Polizei und bildet daher nicht Gegenstand dieser Arbeit.

3. Die sichernden Massnahmen gemäss Art. 42 ff. StGB

Ebenfalls ist es nicht Sache der Polizei, sichernde Massnahmen gemäss Art. 42 ff. StGB (15), die ohne Zweifel auch eine präventive Funktion haben (16), anzuordnen, weshalb auch diese Freiheitsentziehungen von den folgenden Betrachtungen ausgeschlossen bleiben.

4. Die Auslieferungshaft

Die Auslieferungshaft soll dem ersuchenden Staate den unmittelbaren Zugriff auf den Verfolgten verschaffen (17). Die zu diesem Zweck notwendige Verhaftung (18) erfolgt eindeutig im Interesse eines konkreten Strafverfahrens und liegt deshalb ausserhalb des Themas dieser Arbeit (19).

15) SR 311.0.

16) Bossart, 16.

17) Hans Schultz, Das Schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953, 181.

18) Vgl. FN 17.

19) Die Rechtsgrundlagen für die Auslieferungshaft finden sich in den Art. 16 ff. AuslG (SR 353.0). Vgl. auch den Entwurf des Bundesrates für ein neues AuslG in BBl 1976 II 504 f., insbesondere Art. 42 ff.

II. Die häufigsten Fälle polizeilichen Gewahrsams (Ueberblick)

A. Der Gewahrsam zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Nach einer Mehrzahl der einschlägigen Bestimmungen ist die Polizei befugt, Personen in Gewahrsam zu setzen, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören, wenn der Störung oder der Gefahr auf andere Weise nicht mehr begegnet werden kann (20). Für diesen traditionellen Verwahrungstatbestand besteht, wie weiter hinten noch zu zeigen sein wird (21), kein Vorbehalt in Art. 5 EMRK. Auf die dadurch entstehenden Probleme wird an jener Stelle zurückzukommen sein.

Ein praktisch bedeutsamer Fall des polizeilichen Gewahrsams bzw. der Präventivhaft ist die in einigen Schweizer Strafprozessordnungen anzutreffende Fortsetzungshaft (22). Sie unterscheidet sich von der "reinen" polizeilichen Freiheitsentziehung jedoch darin, dass sie an eine bereits begangene Straftat bzw. an einen Tatverdacht anknüpft. Die polizeiliche Präventivhaft kann demgegenüber auch ohne bereits vorangegangene Straftat oder sonstige Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angeordnet werden (23). Da die Fortsetzungshaft nicht mehr zu den polizeilichen Standardmassnahmen gezählt wird (24), kann man sich im Rahmen dieser Arbeit weitere Ausführungen über dieses Institut des Strafverfahrensrechts ersparen, zumal sich Schubarth damit eingehend auseinandergesetzt hat (25).

20) Vgl. z.B. ZH GdG 74 III; SG PolG 40 I; TG PolG 17 I; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87.

21) Vgl. hinten V B 7 c.

22) Vgl. die Uebersicht bei Schubarth, Untersuchungshaft, 105-107.

23) Schubarth, Untersuchungshaft, 108.

24) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 86, erwähnen diesen Haftgrund nicht. Ebenso enthalten weder der ME noch der AE eine entsprechende Regelung.

25) Schubarth, Untersuchungshaft, 102 ff.

B. Der Schutzgewahrsam

Sämtliche Polizeigesetze der BRD (26) und auch einige wenige Schweizer Kantone (27) kennen den sog. Schutzgewahrsam. Diese Freiheitsentziehung dient dem Schutz vor sich selbst. Namentlich wenn sich die betreffende Person in einem die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand befindet (28), wird die polizeiliche Festnahme erfolgen.

C. Die Ausweisungshaft

Eine weitere polizeiliche Freiheitsentziehung ist die in Art. 56 II des Entwurfes für ein Ausländergesetz (29) verankerte Haft zwecks Ausschaffung eines Ausländers (30).

D. Die Festnahme entwichener Häftlinge und anderer Anstaltsinsassen

Das Entweichen aus einer Anstalt ist keine Straftat, sondern nur eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (31), weshalb es sich bei der Festnahme entwichener Häftlinge primär um eine Aufgabe der Gefahrenabwehr handelt (32). Unbestreitbar ist aber auch die Verwandtschaft dieser Freiheitsentziehung mit dem Strafvollzugsrecht, das andere Zwecke als das Polizeirecht verfolgt (33). Dieser Freiheitsentzug ist unproblematisch, weil die

26) Vgl. bei Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87.

27) Vgl. z.B. SG PolG 40 I; TG PolG 17 I.

28) § 13 I Ziff. 1 ME.

29) BBl 1978 II 254, Entwurf des Bundesrates zu einem neuen Ausländergesetz.

30) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 89.

31) Riegel, Häftlinge, 202.

32) Riegel, Häftlinge, 204; § 13 III ME.

33) Riegel, Häftlinge, 202 f.

Polizei hier nur Hilfsfunktion erfüllt, um eine bereits von anderer Stelle angeordnete Freiheitsentziehung wiederherzustellen. Das Gleiche trifft für die Festnahme von Personen zu, die sich einer fürsorgerischen Massnahme durch Flucht entzogen haben (34).

E. Systematische Einordnung

Die polizeirechtliche - oder doch vorwiegend polizeirechtliche - Natur der eben erwähnten Freiheitsentziehung steht ausser Zweifel, weshalb wir uns mit diesen Tatbeständen im folgenden näher auseinanderzusetzen haben.

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	AuG 56 II
ZH	GdeG 74 III (35)
BE	Ortspolizeidekret § 2 I
BS	UeStG 31 II, 35 II, 39 II, 40 II
SG	PolG 40 - 43
VD	GdeG 80
VS	UeStG 39 Ziff. 2

B. Erläuterungen

Wie die folgenden Darlegungen noch zeigen werden, vermögen die in der Uebersicht angeführten Erlasse zwar nicht alle Fälle des polizeilichen Gewahrsams abzudecken, sind aber - abgesehen vom Berner Ortspolizeidekret - zumindest in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Ob diese Feststellung auch für das Berner Orts-

34) Vgl. dazu § 13 III ME.

35) § 339 II ZH StPO ist ein Anwendungsfall der Fortsetzungshaft (Schubarth, Untersuchungshaft, 105 FN 35).

polizeidekret zutrifft, das der Grosse Rat des Kantons Bern am 27. Januar 1920 erlassen hat, soll im folgenden geprüft werden.

Die Grundlagen für das Dekret des Grossen Rates bilden die Art. 26 Ziff. 2 und Art. 6 Ziff. 2 BE KV sowie die Art. 99 und Art. 152 lit.c BE GdeG. Art. 26 Ziff. 2 BE KV gestattet als Form des geschriebenen Rechts das grossrätliche Dekret, und Art. 6 Ziff. 2 BE KV bestimmt, dass in jedem Gesetz diejenigen Bestimmungen zu bezeichnen sind, deren nähere Ausführung einem Dekret des Grossen Rates vorbehalten bleibt. Dies ist hier der Fall, denn Art. 152 lit.c BE GdeG ermächtigt den Grossen Rat, "auf dem Dekretsweg ergänzende Vorschriften" über die Ortspolizei und ihre Zusammenarbeit mit der Kantonspolizei zu erlassen. Die Ortspolizei ist in Art. 99 BE GdeG geregelt, der in Abs. 2 die polizeiliche Generalklausel wiedergibt. Entspricht nun aber Art. 152 lit.c BE GdeG den bundesgerichtlichen Anforderungen an eine Delegationsnorm für die Regelung freiheitsbeschränkender Massnahmen?

Aufgrund der folgenden Erwägungen lautet die Antwort: nein. In BGE 99 Ia 269 E.5 führt das Bundesgericht wörtlich aus: "Dass der Freiheitsdrang als solcher, d.h. die Anordnung der Untersuchungshaft oder die Strafe, in jedem Falle eine klare gesetzliche Grundlage in einem formellen Gesetz haben muss, steht fest" (36). Weder Art. 99 II BE GdeG noch Art. 152 lit.c BE GdeG enthalten eine klare gesetzliche Grundlage für den polizeilichen Gewahrsam. Aus diesem Grund hält die Regelung des polizeilichen Gewahrsams im Kanton Bern vor der Verfassung nicht stand. Gestützt auf § 2 I des Berner Ortspolizeidekret kann eine Freiheitsentziehung wie der Polizeigewahrsam also nicht angeordnet werden.

Diesem Standpunkt kann nicht entgegengehalten werden, dass das Bundesgericht bei der Uebertragung von Rechtssetzungsbefugnissen

36) Vgl. auch BGE 101 Ia 150 E.3.

an das Parlament die Anforderungen an die Delegationsnorm weniger streng formuliere (37) und dass daher Art. 152 lit.c BE GdeG i.Vm. Art. 99 II BE GdeG, welcher die Ortspolizei in Form der Generalklausel zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum ermächtigt, die Voraussetzungen einer verfassungsmässigen Delegationsnorm erfülle. Denn aufgrund des bernischen Verfassungsrechts, das nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (38) für die Frage der Zulässigkeit der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an das Parlament allein massgeblich ist, kommt dem grossrätlichen Dekret des Kantons Bern nur die Bedeutung einer Vollziehungsverordnung zu (39).

Für den Entscheid, was im formellen Gesetz und was in einem Erlass unterer Stufe - in casu einer Vollziehungsverordnung - zu regeln ist, hat Georg Müller eine Reihe von Kriterien aufgestellt (40). Für die Frage, wo die Regelung des polizeilichen Gewahrsams unterzubringen ist, kommt es m.E. auf das Ausmass der Betroffenheit in Grundrechtspositionen an (41). Nach diesem Kriterium muss der polizeiliche Gewahrsam, die einschneidendste Standardmassnahme, in einem formellen Gesetz ausdrücklich verankert sein. Der polizeiliche Gewahrsam ist eine Freiheitsentziehung wie die vorläufige Festnahme und die Verhaftung. Es ist nicht einzusehen, weshalb im Polizeirecht das Erfordernis der klaren gesetzlichen Grundlage für Freiheitsentzüge nicht gleichermassen gelten soll wie im Strafprozessrecht.

Aus diesen Gründen vermag § 2 I des Berner Ortspolizeidekretes für den polizeilichen Gewahrsam keine ausreichende gesetzliche

37) Vgl. z.B. BGE 102 Ia 460; 100 Ia 68; 99 Ia 542 E.b.

38) Vgl. FN 37.

39) Otto Heinrich Müller, 59 f.

40) Georg Müller, 111 ff.

41) Georg Müller, 112.

Grundlage abzugeben (42). Wie dem Abschnitt V C zu entnehmen sein wird, hält § 2 I BE Ortspolizeidekret ausserdem nicht vor Art. 5 EMRK stand.

IV. Die Bedeutung der EMRK für die Regelung der polizeilichen Freiheitsentziehungen

A. Allgemeines

Der polizeiliche Gewahrsam ist eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 EMRK (43). Aus diesem Grunde muss untersucht werden, ob die bestehenden Bestimmungen über den polizeilichen Gewahrsam den Geboten der EMRK entsprechen. Der in Betracht kommende Art. 5 EMRK hat kurz zusammengefasst folgenden Inhalt (44): Abs. 1 nennt eine Reihe von materiellen und formellen Voraussetzungen zulässiger Freiheitsentziehungen. Die Absätze 2 - 4 räumen dem Festgenommenen gewisse minimale Verfahrensgarantien ein, und Abs. 5 gibt dem Betroffenen einen Schadenersatzanspruch, wenn die Verhaftung in Verletzung von Art. 5 I - IV erfolgte.

42) Anderer Ansicht war der Berner Justiz- und Gemeindedirektor im Fall Rueb (vgl. "Der Bund" vom 22. Sept. 1969, Nr. 222, S. 9). Das Berner Polizeikommando hat auf Anfrage hin die Auffassung vertreten, dass die in § 2 Berner Ortspolizeidekret wiedergegebene Generalklausel ein Verfassungsgrundsatz sei und dass deshalb polizeiliche Zwangsmassnahmen nicht a priori widerrechtlich seien. Im übrigen anerkenne das Berner Verfassungsrecht als Form der Rechtsetzung das Dekret des Grossen Rates. Daraus ist zu schliessen, dass die Praxis § 2 I Berner Ortspolizeidekret als ausreichende gesetzliche Grundlage für den polizeilichen Gewahrsam betrachtet.

43) Trechsel, EMRK, 180; vgl. auch vorn I A.

44) Schubarth, EMRK, 466.

B. Die Anwendbarkeit von Art. 5 EMRK auf den polizeilichen
Gewahrsam als vorübergehende (45) Freiheitsentziehung

1. Die Fragestellung

Die meisten Fälle polizeilichen Gewahrsams sind nur von kurzer Dauer. Die Inhaftierung eines Betrunkenen z.B., der in einem Restaurant wiederholt Gäste belästigt, wird nur einige Stunden dauern; nämlich so lange, bis der Betroffene seinen Rausch ausgeschlafen hat. Können in Anbetracht dieser Tatsache die in Art. 5 II-IV EMRK vorgesehenen Garantien beim polizeilichen Gewahrsam überhaupt je eine praktische Bedeutung erlangen? Erfasst mit anderen Worten Art. 5 EMRK jede Art von staatlichen Freiheitsentziehungen?

Ausgehend von dieser Feststellung hat Koschwitz nachgewiesen, dass Art. 5 EMRK jene Freiheitsetzungen nicht erfasst, die zum vornherein nur auf eine kurze Dauer gerichtet sind (46). In der Tat kann es nicht Sinn und Zweck der EMRK sein, dass ihre Verfahrensgarantien zu einer Verlängerung des Freiheitsentzuges führen. Dies wäre aber dann der Fall, wenn der Festgenommene z.B. zur Vorführung vor einen Richter oder einen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten noch festgehalten würde, obwohl der Grund für den Polizeiverhaft bereits weggefallen ist (47).

Wie weiter hinten noch zu zeigen sein wird, fehlt in Art. 5 EMRK ein Vorbehalt für die traditionellen Verwahrungstatbestände, wie z.B. die Inhaftierung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (48). Da es aber - wie Koschwitz nachweist (49) - nicht die Absicht der Mitgliedstaaten gewesen sein, durch

45) SG Botschaft, 18; vgl. vorn I A.

46) Koschwitz, 251.

47) Trechsel, EMRK, 186.

48) Koschwitz, 181; Partsch, 128 f; vgl. z.B. BS UeStG 35; VS UeStG 39 Ziff.2.

49) Koschwitz, 240.

die Konvention ihren eigenen bewährten Vorschriften über die präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen den Boden zu entziehen, müssten die innerstaatlichen Bestimmungen über die kurzfristigen Freiheitsentziehungen von Art. 5 EMRK ausgeklammert werden und deshalb weitergelten (50).

Entscheidend für den Anwendungsbereich von Art. 5 EMRK ist also die Frage, ob eine Freiheitsentziehung kurzfristig ist. Im folgenden soll nun von den Kriterien zur Abgrenzung der von Art. 5 EMRK ausgeklammerten von den von dieser Vorschrift erfassten Freiheitsentziehungen die Rede sein.

2. Der Begriff der kurzfristigen Freiheitsetznziehung

Die EMRK selbst legt die Grenze zwischen den langfristigen und den kurzfristigen Freiheitsentziehungen nicht fest. Man muss deshalb versuchen, durch Auslegung ein Abgrenzungskriterium zu finden. Koschwitz verwendet als Massstab für die Abgrenzung der unter Art. 5 EMRK fallenden von den aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift auszuklammernden Freiheitsentziehungen die Frist für die Vorführung eines Beschuldigten vor einen Richter oder richterähnlichen Beamten gemäss Art. 5 III EMRK. Obwohl Art. 5 III EMRK nur bei Verhaftungen nach Art. 5 I lit.c EMRK anwendbar ist, soll das aus Abs. 3 ableitbare Kriterium zur Abgrenzung zwischen kurz- und langfristigen Freiheitsentziehungen auch für die übrigen Fälle des Art. 5 I EMRK gelten. Denn der Charakter des Provisorischen und Vorübergehenden der Festnahmen im Sinne von Art. 5 I lit.c EMRK hafte allen polizeilichen Freiheitsentziehungen an (51).

50) Koschwitz, 247, 251; Trechsel, 186. So z.B. Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG, wonach die Polizei einen Betrunkenen, der öffentliches Aergernis erregt, während der Dauer seiner Trunkenheit in Haft setzen kann.

51) Koschwitz, 254; vgl. vorn I A.

Art. 5 III EMRK wiederum bestimmt die Vorführungsfrist nicht ausdrücklich (52). Das Erfordernis der Unverzüglichkeit verbietet nur sachlich nicht bedingte Verzögerungen (53). Die Praxis der Strassburger Organe stellt bei der Konkretisierung des Begriffs "unverzüglich" auf das Recht der Signatarstaaten ab und ist sehr large (54). Gesetzlich vorgesehene Vorführungsfristen bis zu fünf Tagen sind mit Art. 5 III EMRK vereinbar (55). Im Schrifttum wird demgegenüber durchwegs eine Frist von 24 - 48 Stunden als angemessen bezeichnet (56).

Die in den Schweizer Strafprozessordnungen festgelegten Fristen, welche von 24 Stunden (57) (nach Beginn der Freiheitsentziehung) bis zu drei Tagen (58) reichen, liegen allesamt im Rahmen dessen, was die Konventionsorgane als unverzüglich gelten lassen (59). Weil also für die Definition des Begriffs "unverzüglich" nach der Praxis der Strassburger Organe auf das innerstaatliche Recht, das sich allerdings innerhalb eines bestimmten - wenn auch sehr weiten - Rahmens zu bewegen hat, abzustellen ist und in der Schweiz ein einheitliches Haftrecht fehlt, das wie z.B. Art. 104 II GG die eigene Machtvollkommenheit der Polizei einheitlich auf 24 Stunden beschränkt, bedeutet "kurzfristig" je nach dem jeweils anwendbaren eidgenössischen oder kantonalen Strafverfahrensgesetz etwas anderes.

- 52) Trechsel, EMRK, 254/255.
- 53) Koschwitz, 254.
- 54) Trechsel, EMRK, 357/358, 254 f.; Koschwitz, 255 f.
- 55) Trechsel, EMRK, 255; Koschwitz, 256. Die Kommission liess jedoch in einem Entscheid (B 4960, zit. nach Trechsel, EMRK, 255 FN 972a) durchblicken, dass ein Zeitraum von 5 Tagen zu gross sei.
- 56) Vgl. die bei Trechsel, EMRK, 254 FN 970 angeführten Autoren: Hans Huber, Lawless, 659 Anm. 31.
- 57) Vgl. z.B. ZH StPO 64, 73; VD KV 4 II (SR 131.232).
- 58) Vgl. z.B. VS StPO 71; zum Ganzen die Uebersicht bei Trechsel, EMRK, 358 f.
- 59) Trechsel, EMRK, 359.

Die eben angestellten Ueberlegungen lassen aber immerhin den Schluss zu, dass eine polizeiliche Freiheitsentziehung jedenfalls dann noch als kurzfristig zu gelten hat, wenn sie weniger als 24 Stunden dauert, weil keine schweizerische Strafprozessordnung eine kürzere Vorführungsfrist kennt (60). Ob eine gesetzliche Regelung, wonach die Polizei "aus eigener Machtvollkommenheit" (61) Personen bis zu 48 oder allenfalls 72 Stunden ohne Einschaltung eines Richters gemäss Art. 5 III EMRK und ohne Haftprüfungsverfahren gemäss Art. 5 IV EMRK festhalten dürfe, mit der Konvention vereinbar wäre, lässt sich im heutigen Zeitpunkt nicht allgemein beantworten. Es bestehen Unterschiede von Kanton zu Kanton.

Auf diese Frage kann uns auch Koschwitz keine Antwort geben. Er untersuchte nämlich lediglich die Frage, ob die der Polizei durch Art. 104 II GG gewährte Befugnis durch die EMRK noch weiter eingeschränkt werde. Dies verneinte er. Er brauchte aber nicht der Frage nachzugehen, ob auch eine über 24 Stunden liegende Grenze vor der EMRK noch standhalte, weil die Garantien des GG in diesem Bereich ohnehin der Konvention entsprechen (62).

Im Schweizer Recht scheint sich allmählich die Auffassung durchzusetzen, dass die Polizei aus eigener Kompetenz Personen nur noch bis zu 24 Stunden in Gewahrsam nehmen darf. Das Uebertretungsstrafgesetz des Kantons BS vom 15. Juni 1978 sieht in mehreren Bestimmungen (63) verschiedene Gründe vor, die einen polizei-

60) Trechsel, EMRK, 254, 358 f.

61) Art. 104 II GG verwendet diesen Ausdruck.

62) Koschwitz, 26.

63) Vgl. z.B. § 31 II (Gewahrsam wegen Lärm und Unfug), § 35 II (Gewahrsam wegen Erregung öffentlichen Aergernisses im Zustand der Trunkenheit), § 40 II (Gewahrsam wegen Gefährdung von Menschen an öffentlichen Veranstaltungen, Demonstrationen usw. durch Waffen und andere gefährliche Gegenstände).

lichen Gewahrsam rechtfertigen. In allen Fällen ist der Inhaftierte jedoch spätestens nach 24 Stunden wieder zu entlassen. Ein Richter wird nicht eingeschaltet. Nach Art. 42 II SG PolG hat der Gemeindeammann unverzüglich eine schriftliche Verfügung zu erlassen, wenn der Gewahrsam voraussichtlich länger als 24 Stunden dauert. Diese Verfügung kann der Betroffene gemäss Art. 42 III SG PolG an den Bezirksgerichtspräsidenten weiterziehen. Der St. Galler Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung offensichtlich Freiheitsentziehungen von mehr als 24 Stunden dem Machtbereich der Polizei entziehen und den Geboten von Art. 5 IV EMRK folgend einen Richter einschalten (64). Art. 42 SG PolG liegt die Ueberlegung zugrunde, dass bei Freiheitsentziehungen von mehr als 24 Stunden die Verfahrensgarantien der EMRK sinnvollerweise beachtet werden können und müssen (65).

Im Kanton ZH ist die auf 24 Stunden begrenzte Vorführungsfrist nicht wie im Kanton VD in der Verfassung (66), sondern in der Strafprozessordnung festgelegt (67). M.E. handelt es sich bei den in den §§ 64 und 73 ZH StPO verankerten Regelungen um die Ausprägung eines im Zürcher Recht allgemein anerkannten und besonders auch im Polizeirecht zu beachtenden Grundsatzes, dass die Polizei - aus welchen Gründen auch immer - Personen nur bis zu 24 Stunden in eigener Kompetenz festhalten darf (68). Wie vorn

64) Botschaft SG, 18.

65) Gemäss § 18 II TG PolG entscheidet das zuständige Bezirksamt mit schriftlicher Verfügung über den 24 Stunden überschreitenden Gewahrsam.

66) Vgl. VD KV 4 II.

67) Vgl. ZH StPO 64 u. 73.

68) Diese hier vertretene Ansicht bestätigt indirekt auch Willfratt, 50 f., der die Auffassung des Zürcher Regierungsrates in SJZ 26 Nr. 43, S. 235, dass im polizeilichen Identifizierungsverfahren § 73 ZH StPO keine Anwendung finde, zu Recht kritisiert. Demnach bildet § 73 ZH StPO bei jeder Art von polizeilichen Freiheitsentziehungen die obere Grenze für die Befugnisse der Polizei. Ähnlich das Zürcher Obergericht in ZR 31 Nr. 120, S. 219 ff.

dargelegt, kommt der vom innerstaatlichen bzw. kantonalen Recht festgelegten Vorführungsfrist für die Auslegung des Begriffs "kurzfristig" erhebliche Bedeutung zu. Ein Polizeiverhaft von zwei Tagen, wie er in § 74 III ZH GdeG vorgesehen ist, kann nicht mehr als kurzfristige Freiheitsentziehung gelten und wird deshalb von Art. 5 EMRK erfasst (69).

Im Kanton VD legt die Verfassung die obere Grenze der Vorführungsfrist, welche ebenfalls 24 Stunden beträgt, fest. Im Kanton VS braucht der Beschuldigte gemäss Art. 71 VS StPO erst am zweiten Werktag, der auf die Verhaftung folgt, vom Instruktionsrichter vernommen zu werden. Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG, wonach die Polizei einen Betrunkenen, der öffentliches Aergernis erregt, ohne Einschaltung eines Richters für die Dauer seiner Trunkenheit in Haft setzen kann, erscheint als konventionskonform, weil die Ausnützerhaft in der Regel vor Ablauf der in Art. 71 VS StPO festgelegten Vorführungsfrist beendet sein wird. Im Kanton Bern darf die Festnahme gemäss Art. 76 III BE StPO 24 Stunden nicht überschreiten.

Aus den eben angestellten Betrachtungen geht hervor, dass der Begriff "kurzfristig" mit Ausnahme des Kantons VS auf Freiheitsentziehungen anwendbar ist, die nicht länger als 24 Stunden dauern. Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftrechtes nach dem Vorbild des Art. 104 GG ist ein möglichst bald zu verwirklichendes Postulat (70).

69) Trechsel, EMRK, 339, scheint diese Auffassung nicht zu teilen.

70) Vgl. dazu Schubarth, Untersuchungshaft, 250 ff.

V. Die polizeilichen Freiheitsentziehungen gemessen an Art. 5 EMRK

A. Vorbemerkungen

Wenn wir im folgenden die bestehenden Vorschriften über den polizeilichen Gewahrsam auf ihre Uebereinstimmung mit der EMRK näher untersuchen, so halten wir uns weitgehend an den Aufbau von Art. 5 EMRK. Am Anfang steht die Frage, ob die materiellen Vorbehalte von Art. 5 I EMRK sämtliche Fälle des polizeilichen Gewahrsams decken. Dann soll geprüft werden, ob die bestehenden Bestimmungen dem Festgenommenen die in Abs. 2 vorgesehenen Rechte einräumen und ob das Verfahren der Verhaftung den Absätzen 3 und 4 entsprechend ausgestaltet ist. Am Schluss wird das Problem des Schadenersatzes - wenn auch nur sehr summarisch - behandelt.

Die Erörterungen über den Schutz der persönlichen Freiheit durch Art. 5 EMRK legen aber nicht schlechthin den Massstab der Rechtsstaatlichkeit an, sondern bleiben an die Garantien der Menschenrechtskonvention gebunden. Die darüber hinausgehenden, aus allgemeinen rechtsstaatlichen Ueberlegungen notwendigen Kautelen für den polizeilichen Gewahrsam bilden Gegenstand des Abschnittes VI.

B. Die Bedeutung der Eingriffsvorbehalte von Art. 5 I EMRK für die verschiedenen Tatbestände des polizeilichen Gewahrsams

1. Art. 5 I lit.a EMRK

Aufgrund von lit.a sind Freiheitsentziehungen, die auf einer strafrechtlichen Verurteilung beruhen, gestattet (71). Die von der Polizei vorgenommene Verhaftung eines aus einer Vollzugsan-

71) Trechsel, EMRK, 192 ff.; Schorn, 146.

stalt entwichenen Häftlings erscheint deshalb als unproblematisch, weil sie lediglich der Wiederherstellung einer bereits von einem Gericht angeordneten Freiheitsentziehung dient. Die Polizei erfüllt in diesem Zusammenhang nur eine Hilfsfunktion (72). Eine dem § 13 III ME ähnliche Bestimmung fehlt zur Zeit noch in den Polizeigesetzen der in dieser Arbeit berücksichtigten Kantone. Die Polizei ist indes zur Festnahme eines entwichenen Häftlings auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung befugt, da sie ja nur als Hilfsorgan fungiert. Die gesetzliche Grundlage findet sich im Strafgesetzbuch und in der jeweils anwendbaren Strafprozessordnung.

2. Art. 5 I lit.b EMRK

Lit.b erfasst einerseits die Verhaftung wegen Nichtbefolgung eines rechtmässigen Gerichtsbeschlusses und andererseits die Festnahme, um eine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zu erzwingen (73). Die in unserem Zusammenhang allein interessierende zweite Alternative (74) deckt nach Auffassung des Gerichtshofes im Fall Lawless (75) und der Vertreter der herrschenden Lehre (76) polizeiliche Freiheitsentziehungen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht (77). Die allgemeine Gesetzestreue und die generelle Pflicht, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu unterlassen, sind keine gesetzlichen Pflichten im Sinne von Art. 5 I lit.b.

72) Vgl. auch vorn II D.

73) Trechsel, EMRK, 201 ff.; Partsch, 125.

74) Vgl. zur Tragweite der 1. Alt. Trechsel, EMRK, 201-203.

75) Vgl. dazu Hans Huber, Lawless, 649 ff.; Trechsel, EMRK, 204 ff. und die dort in FN 732 zit. Autoren.

76) Vgl. statt vieler Trechsel, EMRK, 204 ff.; a.M. Schorn, 139; Partsch, 128 f. hinsichtlich der Schutzhaft; ebenso der Bundesrat in BB1 1968 II 1089 f.

77) Vgl. die entscheidende Stelle der Ausführungen der Kommission bei Trechsel, EMRK, 204.

Es muss im Gesetz eine ganz konkrete Duldungs- oder Unterlassungspflicht umschrieben sein (78). "Die wichtigsten und am genauesten umschriebenen Unterlassungspflichten finden sich in den Tatbeständen der Strafgesetze. Gerade die Freiheitsentziehung zur Verhinderung strafbarer Handlungen wird aber in lit.c geregelt und ist damit den besonderen Garantien von Ziff. 3 (Abs. 3, der Verf.) unterworfen. Es wäre unlogisch, wenn die Konvention eine Festnahme zur Durchsetzung weniger präzis gefasster und weniger vitaler Unterlassungspflichten unter erleichterten Bedingungen nach lit.b zuliesse" (79). Auch der Schutzgewahrsam zur Verhinderung des Selbstmordes, der nach allgemeiner Rechtsauffassung eine Störung der öffentlichen Ordnung darstellt (80), lässt sich nicht unter lit.b subsumieren (81).

3. Art. 5 I lit.c EMRK

Gemäss Art. 5 I lit.c EMRK ist die in Vorführungsabsicht angeordnete Festnahme oder Haft nur zulässig, "sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betroffene eine strafbare Handlung begangen hat, oder begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern".

Trechsel hat überzeugend nachgewiesen, dass Art. 5 I lit.c EMRK eigentlich nur zwei alternative Haftvoraussetzungen enthält: Tatverdacht und Prävention. Der Hinweis auf die Fluchtgefahr müsse

78) Eine sog. "obligation précise" (Trechsel, EMRK, 205).

79) Trechsel, EMRK, 205.

80) Zuppinger, 60 f.

81) A.M. Partsch, 128 f., der aber den Schutzgewahrsam aus dem Grunde ablehnt, weil keine Pflicht zum Leben bestehe. Zur Vereinbarkeit des Schutzgewahrsams zur Verhinderung eines Selbstmordes mit der EMRK vgl. Jochen Ziff. 7.

als "pro non scripto" angesehen werden (82). In unserem Zusammenhang interessiert lediglich der Haftgrund der Prävention.

Diese zweite Alternative von lit.c deckt nur den Tatbestand des polizeilichen Gewahrsams zur Verhinderung von Straftaten, wie er in § 13 I Ziff. 2 ME und § 20 I Ziff. 2 AE vorgesehen ist. Sie ist kein Haftgrund im engeren Sinne, sondern eine echte Vorbeugehaft gegen eine Person, die noch keine Straftat begangen hat (83). Der Begriff der strafbaren Handlung ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Neben Verbrechen und Vergehen fallen auch blosse Uebertretungen und Ordnungswidrigkeiten darunter (84). Allerdings ist im Einzelfalle jeweils zu prüfen, ob die Anordnung einer reinen Präventivhaft zur Verhinderung einer Uebertretung oder Ordnungswidrigkeit verhältnismässig ist. Nach Trechsel stellt sich der Freiheitsentziehung zur Verhinderung einer strafbaren Handlung, die bloss mit Busse bedroht ist, nicht logisch zwingend der Grundsatz der Verhältnismässigkeit entgegen (85). Dem ist zuzustimmen. Mag eine Untersuchungshaft als repressive Massnahme zur Aufklärung einer Uebertretung unverhältnismässig erscheinen, so gilt dies nicht unbedingt für die Präventivhaft. Es sind im Bereich des Umweltschutzes Uebertretungen denkbar, die eine erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bewirken können und die deshalb mit dem Mittel der Präventivhaft unterbunden werden müssen (86).

Als Grund für die Festnahme genügt eine tatbestandsmässige, rechts-
dringende Handlung (87). Die entgegengesetzte Ansicht Trechsels (88),

82) Trechsel, EMRK, 222.

83) Trechsel, EMRK, 225; Bischofberger, 204 f.; a.M. Koschwitz, 190.

84) Trechsel, EMRK, 214; Herzog, 222.

85) Trechsel, EMRK, 215; a.M. M. Meyer, 102. Vorbehalte bringt auch Schubarth, Untersuchungshaft, 210, an.

86) Heise/Riegel, 63.

87) Heise/Riegel, 25 u. 62; Herzog, 222; Schorn 152; § 6 II des Rheinland-pfälzischen PVG, abgedruckt bei Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87.

88) Trechsel, EMRK, 215 f.

dass sämtliche Elemente der Strafbarkeit gegeben sein müssen, mag für die Untersuchungshaft zutreffen. Die ratio der Präventivhaft, gefährliche Personen festzunehmen, beweist jedoch, dass ein schuldhaftes Verhalten des Betroffenen nicht erforderlich sein kann (89). Es ist ja gerade eine Besonderheit des Polizeirechts, dass es auf das Verschulden nicht ankommt (90).

Aus den eben angestellten Betrachtungen geht hervor, dass die Zweckbestimmung für nicht kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehungen (91) auf die Verhinderung von strafbaren Handlungen beschränkt bleiben muss. § 74 III ZH GdeG (92) ist in dieser Beziehung konventionswidrig. Spoendlin (93) bezeichnet diese Vorschrift als gesetzliche Generalermächtigung, deren besonderes Merkmal es sei, dass als einzige Voraussetzung für einen Eingriff die Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genannt werde. Genau dieser zu allgemein gefasste Eingriffsvorbehalt ist aber mit Art. 5 I lit.c EMRK nicht vereinbar. § 74 III ZH GdeG erscheint deshalb schon aus diesem Grund konventionswidrig. § 2 I des Berner Ortspolizeidekretes wäre dagegen konventionskonform abgefasst (94). Nach Art. 40 I SG PolG soll der Polizeigewahrsam nicht nur dann zulässig sein, wenn sich die betreffende Person selbst, sondern auch dann, wenn sie andere gefährdet. Die erste Variante ist die Grundlage für den sog. Schutz-

89) Herzog, 222; Schorn, 152. Die von Trechsel, 215 f., für die Untersuchungshaft angebrachten Vorbehalte sind berechtigt.

90) H.A. Müller, 13.

91) Zum Begriff der kurzfristigen Freiheitsentziehung vgl. vorn IV B 2.

92) § 74 III ZH GdeG lautet: "Der Gemeinderat kann Personen, welche die Sicherheit oder das Eigentum anderer ernstlich bedrohen oder gefährden, bis auf die Dauer von zwei Tagen in Polizeiverhaft nehmen, wenn der Gefahr nur durch sofortigen Verhaft begegnet werden kann".

93) Spoendlin, 77.

94) § 2 I BE Ortspolizeidekret lautet: "... Abgesehen von den ihr zur Verfolgung strafbarer Handlungen zustehenden Befugnissen (...) kann sie vorläufig zur Verhinderung befürchteter Handlungen dieser Art, sowie zur Verhütung von Unglücksfällen gefährliche Personen unter Polizeiaufsicht stellen oder in Gewahrsam setzen, ...".

gewahrsam, während die zweite einen klassischen Fall der Präventivhaft darstellt. Gegen diese Umschreibung sind die gleichen Vorbehalte wie bei § 74 III ZH GdeG anzubringen. Ein aufgrund von § 74 III ZH GdeG und Art. 40 I 2. Alt. SG PolG angeordneter Gewahrsam ist daher nur als kurzfristige Freiheitsentziehung gestattet (95), die vom Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK nicht mehr erfasst wird.

Art. 80 VD GdeG ist die Grundlage für die Festnahme von Bettlern und Landstreichern durch die Organe der Ortspolizei. Diese Vorschrift ist nicht etwa die Ermächtigungsgrundlage für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 I lit.e EMRK, sondern Rechtsgrundlage für eine Haft zur Verhinderung von Straftaten im Sinne von Art. 5 I lit.c EMRK. Denn die fürsorgerische Verwahrung von Bettlern und Landstreichern stützte sich vor der Revision der Art. 397a ff. ZGB auf den mittlerweile aufgehobenen Art. 1 lit.d des Waadtländer Versorgungsgesetzes vom 8. Dez. 1941 (96). Heute ist die fürsorgerische Freiheitsentziehung von Bettlern und Landstreichern in Art. 397a ff. rev. ZGB geregelt (97). Der Zweck der Haft nach Art. 80 VD GdeG ist also darauf beschränkt, den Bettel und die Landstreicherei, beides kantonale Uebertretungsstraftatbestände (98), kurzfristig zu bekämpfen. Eine weitergehende Bedeutung kommt dieser Bestimmung nicht zu. Im übrigen scheint eine nur vorübergehende Freiheitsentziehung wenig geeignet, dem Bettel und der Landstreicherei wirksam begegnen zu

- 95) Dieser Vorbehalt ist auch bei § 17 TG PolG anzubringen. § 17 I TG PolG hat folgenden Wortlaut:
"Die Polizei kann eine Person vorübergehend in Gewahrsam nehmen, wenn diese die öffentliche Ordnung schwerwiegend und unmittelbar stört oder wenn sie sich selbst oder andere ernsthaft gefährdet, sofern die Störung oder Gefährdung nicht auf andere Weise beseitigt werden kann."
- 96) Vgl. Bossart, 63.
- 97) BB1 1977 III 59 f.
- 98) Vgl. Art. 22 und 23 Loi pénale vaudoise du 19 novembre 1940, in der Fassung vom 28.2.1944 und 18.11.1969.

können (99), so dass es sehr zweifelhaft ist, ob Art. 80 VD GdeG überhaupt vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Geeignetheit) standhält.

4. Art. 5 I lit.d EMRK

Art. 5 I lit.d deckt diejenigen Bestimmungen, welche die Polizei ermächtigen, aus einer Erziehungsanstalt entwichene Minderjährige in Gewahrsam zu setzen, um sie wieder dorthin zurückzubringen (100). Diese Freiheitsentziehung ist unproblematisch, weil es hier nur um die Wiederherstellung eines bereits von anderer Stelle angeordneten Freiheitsentzuges geht. Art. 5 I lit.d enthält auch einen Vorbehalt für die Zuführung von entlaufenen Kindern an die Eltern oder andere Sorgeberechtigte (101). Gemäss Art. 48 SG PolG darf die Polizei jedoch nur bei Gefahr im Verzug und nur auf Begehren hin Kinder und Entmündigte dem Inhaber der elterlichen Gewalt oder dem Vormund zuführen. Ausserdem wird von diesem Vorbehalt in lit.d die Untersuchungs- (102) und somit auch die Präventivhaft von Minderjährigen erfasst.

5. Art. 5 I lit.e EMRK

Art. 5 I lit.e EMRK ist die Grundlage für die in Art. 397a ff. rev. ZGB geregelte fürsorgerische Freiheitsentziehung (103), welche jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit bildet. Von Interesse ist hier lediglich die Frage, ob unter den Anwendungsbereich von lit.e auch der Schutzgewahrsam (104) fällt. Art. 40 I SG PolG

99) Kaufmann, 331.

100) § 20 II AE; § 13 II ME; AE, 79 N 4.

101) AE, 79 N 4.

102) Trechsel, EMRK, 210; gl.M. Fritz Lang, Die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren, Diss Zürich 1979, 469 FN 7.

103) Trechsel, EMRK, 211 f.

104) Vgl. dazu auch hinten Ziff. 7 a.

z.B. bestimmt, dass Personen, die sich im Zustand der Betrunkenheit, wegen einer Geistesstörung oder unter Drogeneinwirkung selbst gefährden, in Gewahrsam genommen werden können (105). Geht man davon aus, dass Art. 5 I lit.e nur chronische Zustände erfasst, nicht aber punktuelle Störungen (106), so kommt man zum Schluss, dass die Schutzhaft als vorübergehende Freiheitsentziehung von lit.e nicht gedeckt ist. Denn ein Betrunkener braucht ja nicht unbedingt Alkoholiker, eine unter Drogeneinfluss stehende Person nicht in jedem Fall rauschgiftsüchtig zu sein (107).

Ausserdem kann ein Schutzgewahrsam auch erforderlich sein, wenn sich der Betreffende nicht in einem die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand befindet. Zu denken ist an die Verhaftung eines Menschen, der im Vollbesitz seiner geistigen und körperlichen Kräfte im Begriffe ist, seinem Leben ein Ende zu setzen (108).

Betrachtet man den Schutzgewahrsam als einen in sich geschlossenen und einheitlichen Tatbestand, so ist der Ansicht von Drews/Wacke/Vogel/Martens zuzustimmen, dass Art. 5 I EMRK keinen Vorbehalt für diesen Freiheitsentzug enthält, dass aber der Schutzgewahrsam mit Blick auf Art. 2 I EMRK aufgrund einer Güterabwägung mit der Konvention nicht unvereinbar ist (109).

105) Der Tatbestand des Schutzgewahrsams wäre auch in § 2 I BE Ortspolizeidekret geregelt. ("... gefährdete Personen unter Polizeiaufsicht stellen oder in Gewahrsam setzen...").

106) Herzog, 230; Koschwitz, 210-212.

107) Diese Unterscheidung macht z.B. Art. 39 VS UeStG. Ziff. 2 bezieht sich auf den vorübergehenden Gewahrsam des Betrunkenen und Ziff. 3 auf Massnahmen gegenüber einem Gewohnheitstrinker.

108) Gobrecht, 312.

109) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 88. Zum Meinungsstand vgl. im übrigen Koschwitz, 182-184.

Unproblematisch ist wiederum der Gewahrsam von Personen, die sich einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung durch Flucht entzogen haben (110).

6. Art. 5 I lit.f EMRK

Unter Art. 5 I lit.f EMRK lässt sich die im Entwurf für ein neues Ausländergesetz in Art. 56 II (111) vorgesehene Haft zwecks Ausschaffung subsumieren.

7. Die von Art. 5 I EMRK nicht erfassten Freiheitsentziehungen

a) Der Schutzgewahrsam

Bei den Erörterungen unter Ziff. 2 und 5 haben wir festgestellt, dass der Gewahrsam von Personen, die sich an Leib und Leben gefährden, von Art. 5 I EMRK ausgeklammert ist, aber dennoch mit der Konvention in Einklang steht. Die Begründung der herrschenden Lehre (112) geht dahin, dass der in Art. 2 I EMRK garantierte Schutz von Leib und Leben aufgrund von Art. 15 II EMRK dem in Art. 5 gewährten Schutz der Bewegungsfreiheit vorgehe. Der Staat sei verpflichtet, den Selbstmord, die Selbstgefährdung sowie die Selbstverstümmelung zu verhindern, weil dadurch die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört werde, auch wenn sie privatim erfolgen (113). Aus diesem Grund ist der bereits mehrfach erwähnte Art. 40 I SG PolG mit der Konvention vereinbar (114), soweit er sich auf den Schutz vor sich selbst bezieht.

110) Vgl. § 13 III ME.

111) BBl 1978 II 254.

112) Schorn, 138; Partsch, 128 f.; im Ergebnis gleich Herzog, 206; Trechsel, EMRK, 205 FN 738; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 1 II GG N 63; a.M. AE, 78 N 2; Schubarth, EMRK, 475 f.

113) Jost, 52; Zuppinger, 60 ff.; Ruck, 79.

114) Diese Feststellung träfe auch für den in § 2 I BE Ortspolizeidekret geregelten Schutzgewahrsam zu.

§ 35 II BS UeStG und Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG, welche die Polizei ermächtigen, Betrunkene für die Dauer ihrer Trunkenheit in Haft zu setzen, stellen keine Anwendungsfälle des eigentlichen Schutzgewahrsams gefährdeter Personen, als vielmehr klassische Tatbestände polizeilicher Freiheitsentziehungen zum Schutze Dritter dar, welche durch das Verhalten der Betrunkenen belästigt werden (115).

b) Das Mitnehmen auf die Wache zur Identitätsfeststellung und die Vorführung

aa) Das Mitnehmen und Festhalten auf dem Posten zwecks Personalfeststellung

Die Pflicht, anlässlich einer Passantenkontrolle auf die Wache mitzukommen und dort bis zur Abklärung der Identität zu bleiben, lässt sich im Gesetz nur sehr allgemein formulieren (116). Der betroffene Personenkreis ist zum vornherein nicht bestimmbar. So können auch zufällig anwesende Personen überprüft werden. Die Voraussetzungen von Art. 5 I lit.b EMRK sind somit nicht gegeben (117). Als kurzfristige Freiheitsentziehung, die voraussichtlich nicht 24 Stunden dauert, ist die Mitnahme auf den Polizeiposten vom Anwendungsbereich des Art. 5 I EMRK ausgeklammert, so dass weder die materiellen und formellen Voraussetzungen noch die Verfahrensgarantien beachtet werden müssen (118).

bb) Die Vorführung

Die Vorführung zur Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist als kurzfristige Freiheitsentziehung vom Geltungsbereich

115) Vgl. dazu hinten V B 7 c.

116) Vgl. vorn § 5 V B.

117) Vgl. zu Art. 5 I lit.b EMRK vorn V B 2.

118) Trechsel, EMRK, 337 f.

des Art. 5 I EMRK ebenfalls ausgeschlossen. Die erkennungsdienstliche Behandlung nimmt bekanntlich nur sehr wenig Zeit in Anspruch.

Sofern eine Auskunfterteilung gegenüber der Polizei überhaupt länger als 24 Stunden dauert, wäre die damit verbundene Vorführung vom Vorbehalt des Art. 5 I lit.b gedeckt. Die Vorführung, als Pflicht, einer behördlichen Anordnung Folge zu leisten, eignet die von Art. 5 I lit.b EMRK verlangte Bestimmtheit (119). Als in der Regel kurzfristige Freiheitsentziehung wird die Vorführung vom Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK gar nicht erfasst.

c) Der Gewahrsam zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Wie im Abschnitt V B 2 dargelegt, enthält die EMRK für den traditionellen Tatbestand des polizeilichen Gewahrsams zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wie er in § 74 III 2H GdeG, § 35 BS UeStG, Art. 40 I 2. Alt. SG PolG und Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG geregelt ist, keinen Vorbehalt. Als kurzfristige Freiheitsentziehungen sind diese Fälle des Polizeigewahrsams jedoch weiterhin gestattet (120).

C. Die Rechte des Festgenommenen gemäss Art. 5 II - V EMRK

1. Die Unterrichtung gemäss Art. 5 II EMRK

Art. 5 II EMRK verlangt, dass jeder Festgenommene in möglichst kurzer Frist und in einer verständlichen Sprache über die Gründe der Festnahme und die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen unterrichtet wird. Dieses Informationsrecht ist nicht etwa - wie es

119) Trechsel, EMRK, 337; Bischofberger, 194 ff.

120) Zum Begriff der kurzfristigen Freiheitsentziehung vgl. vorn IV B 2.

auf den ersten Blick erscheinen mag - auf jene Fälle beschränkt, bei denen in den Eingriffsvorbehalten von "Festnahme" die Rede ist und bei denen die Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit der Aufklärung einer Straftat erfolgt (121). Daher hat der Betroffene auch bei polizeilichen Freiheitsentziehungen das Recht, sofort (122) zu erfahren, weshalb er verhaftet worden ist (123). Dieses Informationsrecht des Festgenommenen ist m.E. von so elementarer Bedeutung, dass es dem Betroffenen auch bei nur kurzfristigen Freiheitsentziehungen gewährt werden muss (124). Art. 41 SG PolG bestimmt, dass der in Gewahrsam genommenen Person die Gründe mitgeteilt werden, sobald sie ansprechbar ist. Ihre Stellungnahme ist nach dieser Bestimmung zu protokollieren. Art. 40 II SG PolG, § 15 II ME und § 22 II AE gestatten dem Festgenommenen über das von der EMRK vorgesehene Minimum hinaus, mit den Angehörigen (125), einer Person seines Vertrauens (126) oder mit einem Anwalt (127) Kontakt aufzunehmen. Ist er dazu nicht in der Lage, so hat die Polizei diese Aufgabe zu übernehmen. Der in Art. 5 II EMRK verankerte Grundsatz wird manchenorts als Selbstverständlichkeit praktiziert. Da Art. 5 II EMRK self-executing ist, liegt keine Konventionsverletzung vor, wenn ein Gesetz diese Selbstverständlichkeit nicht erwähnt.

121) Vgl. das Wort "Beschuldigungen". Trechsel, EMRK, 229.

122) Bei der Festnahme! Trechsel, EMRK, 231 f.

123) Trechsel, EMRK, 230.

124) Vgl. § 15 I ME und § 22 I AE, welche einen ausdrücklichen Hinweis auf die Identitätsfeststellung und die Vorführung enthalten.

125) Art. 40 II SG PolG.

126) § 15 II ME.

127) § 22 II AE.

2. Die Garantien der aufgrund von lit.c Festgenommenen gemäss Art. 5 III EMRK

a) Die unverzügliche Vorführung vor einen Richter oder richterähnlichen Beamten

aa) Allgemeines

Jede nach der Vorschrift des Art. 5 I lit.c EMRK festgenommene oder in Haft gehaltene Person muss gemäss Art. 5 III EMRK unverzüglich einem Richter oder einem gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt werden. Da der Polizeigewahrsam zur Verhinderung einer strafbaren Handlung eine von lit.c erfasste Freiheitsentziehung darstellt, müssten sämtliche einschlägigen Bestimmungen über die Präventivhaft dem Art. 5 III EMRK entsprechende Kautelen enthalten. Solche Garantien fehlen in den Schweizer Polizeigesetzen. Ernst Spörri hat deshalb vor dem Beitritt der Schweiz zur EMRK zu Recht gefordert, dass ein entsprechender Vorbehalt anzubringen sei, solange die Gemeindeorgane im heutigen Umfange die Kompetenz haben, eine Person, die Sicherheit und Eigentum Dritter bedroht oder gefährdet, in Gewahrsam zu setzen (128).

bb) Die für die Vorführung zuständige Behörde

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg hat im Fall Schiesser entschieden, dass der Zürcher Bezirksanwalt ein gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigter Beamter im Sinne von Art. 5 III EMRK sei, und damit die gleichlautende Ansicht des Bundesgerichtes in BGE 102 Ia 180 ff. geschützt (129). Die Klippe der Konventionswidrigkeit konnte in diesem Fall m.E. nur deshalb umschifft werden, weil der EGMR

128) Ernst Spörri, Rechtliche Aspekte des Ordnungsdienstes, in: Kriminalistik, 1973, 370.

129) EuGRZ 1980 202 ff.

unter Berufung auf Art. 25 EMRK seine Kognition auf die Prüfung der Frage beschränkte, ob im konkreten Fall die Anwendung der Zürcher Strafprozessordnung keine Verletzung von Art. 5 III EMRK bedeutete, und nicht untersuchte, ob die gesetzliche Ausgestaltung der Institution des Zürcher Bezirksanwaltes generell den Anforderungen von Art. 5 III EMRK entspreche (130).

Den abweichenden Auffassungen der Richter Ryssdal und Evrigenis ist zuzustimmen. Nach Ryssdal ist es unerheblich, ob unter den konkreten Umständen des Falles der Winterthurer Bezirksanwalt noch als "gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen" ermächtigter Beamter im Sinne von Art. 5 III EMRK gelten könne. Denn der Zweck von Art. 5 III EMRK sei es, ein System richterlicher Kontrolle einzuführen und dadurch Personen, denen die Freiheit entzogen wird, bestimmte Garantien zu gewähren (131). Aber gerade im System liegt die Unvereinbarkeit der Zürcher Regelung mit der EMRK begründet (132). Denn in einem anders gelagerten als dem beurteilten Falle hätte der EGMR, wie Pieth überzeugend nachweist, dieselbe Zürcher Regelung für konventionswidrig erachtet (133).

Aus diesem Grund ist die Einführung eines selbständigen Haftrichters sehr zu begrüßen. Die mit der Revision der Zürcher Strafprozessordnung betraute Kommission schlägt für den Rechtsschutz gegen die Anordnung der Untersuchungshaft eine Lösung vor, wonach gegen die Haftverfügung des Bezirksanwaltes der Richter in einem mündlichen Verfahren angerufen werden kann (134).

130) Mark Pieth, EuGRZ 1980 211; EuGRZ 1980 205/206 Ziff. 32.

131) EuGRZ 1980 207.

132) So Richter Evrigenis, EuGRZ 1980 208; gl.M. die Kommissionsminderheit (darunter Trechsel) in EuGRZ 1978 310 f.; Schubarth, EMRK, 486 Ziff. 83c.; Noll, Skript, 75 f.

133) Mark Pieth, EuGRZ 1980 208 ff.

134) Hauser, Untersuchungshaft, 252.

Soweit überblickbar, existiert bis heute in keinem Polizeigesetz eine Regelung, die den Anforderungen von Art. 5 III EMRK entspricht. Die in Art. 42 SG PolG getroffene Lösung bezieht sich auf Art. 5 IV EMRK (135).

Da § 74 III ZH GdeG, § 2 I BE Ortspolizeidekret und Art. 80 VD GdeG, welche die Präventivhaft im Sinne von Art. 5 I lit.c EMRK regeln, nicht einmal die Vorführung vor den Untersuchungsbeamten im Sinne des Strafprozessrechts verlangen, sind diese Bestimmungen krass konventionswidrig. Art. 80 VD GdeG schreibt nur die Ueberführung des Verhafteten an den "préfet" vor, der wohl im Sinne von Art. 4 II VD KV der "magistrat compétent", aber eben nicht wie der Waadtländer Untersuchungsrichter ein richterähnlicher Beamter im Sinne von Art. 5 III EMRK ist (136).

Für kurzfristige Freiheitsentziehungen, wie sie beispielsweise das BS UeStG vorsieht, verlangt die EMRK keine entsprechenden Verfahrensgarantien (137), weil - wie vorn im Abschnitt IV B dargelegt - kurzfristige Freiheitsentziehungen vom Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK ausgeklammert sind.

cc) Die Pflicht zur unverzüglichen Vorführung

Bei der Abgrenzung der unter Art. 5 EMRK fallenden von den aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift ausgeklammerten Freiheitsentziehungen ist bereits erläutert worden, was "unverzüglich" bedeutet, weshalb auf jene Ausführungen verwiesen sei (138).

135) Botschaft SG, 18.

136) Trechsel, EMRK, 360 FN 1496.

137) Vgl. vorn IV B 2.

138) Vgl. vorn IV B 2.

- b) Das Recht, binnen angemessener Frist beurteilt oder bereits vorher entlassen zu werden (Art. 5 III Satz 2 EMRK)

Art. 5 III Satz 2 EMRK bedeutet kurz zusammengefasst, dass die angeordnete Haft eine "angemessene" Dauer nicht überschreiten darf. Sollte der Entscheid in der Sache nicht vor Ablauf dieser Frist ergehen können, so ist der Häftling freizulassen, sei es auch gegen eine gewisse Sicherheitsleistung. In konstanter Rechtsprechung hat die Kommission erklärt, dass sie den Begriff "angemessen" nicht in abstracto, sondern nur auf den einzelnen Fall bezogen auslege (139). Wie Trechsel für die Untersuchungshaft ausführt, läuft das innerstaatliche Recht höchstens in Ausnahmefällen Gefahr, mit der Konvention in Konflikt zu geraten, denn es werde kaum eine unangemessene Dauer der Untersuchungshaft ausdrücklich zulassen (140). Ob diese Beurteilung auch für die gesetzlich geregelten Fälle des Polizeigewahrsams zutrifft, soll im folgenden näher untersucht werden.

Man muss davon ausgehen, dass die Präventivhaft aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen sehr viel problematischer ist als die Untersuchungshaft. Der Entscheid, ob jemand zur Verhinderung einer Straftat festgenommen werden soll, basiert auf der Beurteilung des zukünftigen Verhaltens eines Menschen. Die heutige Prognoseforschung bietet indessen noch keine sichere Grundlage dafür, die Gefahr einer (weiteren) Delinquenz zuverlässig einzuschätzen (141). In Anbetracht dessen, dass wir uns hier vorwiegend mit denjenigen Fällen befassen, in denen in bezug auf die befürchtete Handlung noch keine so sicheren Anhaltspunkte vorhanden sind wie etwa beim geistesgestörten Triebtäter, der ebenfalls aus präventivpolizeilichen Gründen verwahrt wird (Art. 42 ff. StGB), wiegt dieser Mangel der Prognoseforschung besonders schwer. Daher

139) Trechsel, EMRK, 256.

140) Trechsel, EMRK, 256.

141) Schubarth, Untersuchungshaft, 115.

muss man für die Ermittlung der "angemessenen" Dauer einer Präventivhaft einen strengeren Massstab anlegen als bei der Untersuchungshaft.

Die "angemessene" Frist im Sinne von Art. 5 III EMRK ist zugleich auch Obergrenze für die Präventivhaft schlechthin. Die EMRK weist nämlich eine Lücke auf. Art. 5 I EMRK enthält in lit.c lediglich einen Vorbehalt für die Haft bis zum Entscheid des Richters über die Präventivhaft, nicht aber für die Präventivhaft selber (142). Eine unbegrenzte Präventivhaft wäre also auch aufgrund eines richterlichen Entscheides nicht denkbar, obwohl man per Argumentum e contrario aus einem Hinweis des Gerichtshofes im Fall Lawless einen gegenteiligen Schluss ziehen könnte (143). Eine Regelung, die eine unbegrenzte Präventivhaft ermöglichen würde, wäre m.E. auch mit der Wesensgehaltsgarantie der persönlichen Freiheit nicht mehr zu vereinbaren (144). Unter dem Aspekt von Art. 5 III Satz 2 EMRK laufen die schweizerischen Bestimmungen nicht Gefahr, mit der Konvention in Widerspruch zu geraten.

So darf die Haft gemäss § 74 III ZH GdeG zwei Tage nicht überschreiten. Nach den Normen des BS UeStG ist der Inhaftierte spätestens nach 24 Stunden wieder freizulassen. Art. 40 III SG PolG schreibt vor, dass eine Person "nicht länger als unbedingt notwendig in Gewahrsam behalten" werden darf (145), z.B. nur für die Dauer ihrer Trunkenheit. Die Freiheitsentziehung nach Art. 40 I SG PolG, die, wie vorn im Abschnitt V B 2 dargelegt worden ist, auch präventivpolizeilichen Charakter haben kann, dauert nur dann länger, wenn sie in eine fürsorgerische Massnahme im Sinne von Art. 397a ff. rev. ZGB ausmündet (146). Eine mit der St. Galler

142) Trechsel, EMRK, 228.

143) Trechsel, EMRK, 228/229.

144) Trechsel, EMRK, 263.

145) Botschaft SG, 18.

146) Art. 42 I SG PolG; Botschaft SG, 18.

Regelung vergleichbare Bestimmung ist Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG. Art. 80 VD GdeG verlangt vom "syndic" die unverzügliche Ueberführung der aufgegriffenen Bettler und Landstreicher an den "préfet", der über das weitere Vorgehen zu entscheiden hat. Sofern nicht eine fürsorgerische Massnahme angezeigt ist, muss der Betreffende m.E. sofort wieder entlassen werden, so dass eine längere (mehr als einige Tage dauernde) Haft aufgrund von Art. 80 VD GdeG nicht in Frage käme. § 2 I BE Ortspolizeidekret wäre unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 III Satz 2 EMRK nicht zu beanstanden, da nach dem Wortlaut von § 2 I BE Ortspolizeidekret der Polizeigewahrsam nur als vorläufige Massnahme angeordnet werden darf.

Das Recht auf Entlassung gegen Leistung einer Sicherheit erlangt beim polizeilichen Gewahrsam wohl kaum je Bedeutung, weil diese Massnahme nur als ultima ratio angeordnet werden darf, wenn der Gefahr auf andere Weise nicht mehr begegnet werden kann (147).

3. Die richterliche Haftprüfung gemäss Art. 5 IV EMRK

Gemäss Art. 5 IV EMRK hat jedermann, dessen Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem vor einem Gericht raschmöglichst über die Rechtmässigkeit der Haft entschieden wird. Diese Vorschrift statuiert das Recht des bereits Verhafteten, eine im Gegensatz zu Art. 5 III EMRK völlig unabhängige, unparteiische und weisungsfreie Instanz (148) anzurufen, die ohne sachlich nicht gerechtfertigte Verzögerung (149) über die Rechtmässigkeit der Haft zu entscheiden hat. Stellt das Gericht fest, dass der Freiheitsentzug widerrechtlich war, so ist der Verhaftete freizulassen (150). Art. 5

147) Vgl. hinten VI A 3.

148) Bischofberger, 231; Trechsel, EMRK, 237.

149) Trechsel, EMRK, 242.

150) Trechsel, EMRK, 243.

IV EMRK enthält indes keine Angaben über die Ausgestaltung des Haftprüfungsverfahrens. Nicht erforderlich ist ein Verfahren im Sinne von Art. 6 I EMRK (151). Um den Betroffenen vor einer oberflächlichen Erledigung des Haftentlassungsgesuches zu schützen, genügt eine kurze, mündliche Verhandlung (152), in welcher nach den Prinzipien der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs (153) über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges befunden wird.

Von den in dieser Arbeit berücksichtigten kantonalen Gesetzen entspricht einzig das St. Galler Polizeigesetz den Anforderungen von Art. 5 IV EMRK. Im Abschnitt IV B 2 (S. 111) wurde der Inhalt der einschlägigen Bestimmungen des St. Galler Polizeigesetzes bereits ausführlich dargelegt, weshalb an dieser Stelle weitere Ausführungen überflüssig sind (154).

Art. 56 II AuG sieht vor, dass ein Ausländer, der aus der Schweiz ausgewiesen werden soll, auf Anordnung der zuständigen kantonalen richterlichen Behörde für höchstens 72 Stunden in Haft gesetzt werden darf. Teilt man die Ansicht Trechsels (155), wonach Art. 5 IV EMRK die Anrufung einer höheren Instanz zum Gegenstand habe, also ein Recht des bereits Verhafteten, nicht des zu Verhaftenden statuiere, erscheint Art. 56 II AuG nicht konventionskonform, weil die kantonale richterliche Behörde in erster und letzter Instanz entscheidet. Art. 56 II AuG ist allerdings gedeckt durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Falle der belgischen Landstreicher (156). Der Gerichtshof sieht in Art. 5 EMRK lediglich die Garantie, dass jede Freiheitsentziehung, sei

151) Trechsel, EMRK, 238.

152) Trechsel, EMRK, 239.

153) Bischofberger, 230/231.

154) Vgl. auch Botschaft SG, 18.

155) Trechsel, EMRK, 234.

156) Trechsel, EMRK, 233.

es in erster oder in höherer Instanz, durch einen Richter kontrolliert wird (157).

4. Der Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 5 V EMRK

Art. 5 V EMRK garantiert Schadenersatz im Falle schuldhafter oder schuldloser rechtswidriger Verletzung der persönlichen Freiheit (158). Voraussetzung für den Anspruch auf Entschädigung ist, dass die Bestimmungen von Art. 5 I - IV EMRK verletzt wurden (159). Da Art. 5 V EMRK einen unmittelbaren Schadenersatzanspruch verschafft (160), kann eine Kollision mit dem bestehenden Recht gar nicht eintreten (161). Trechsel hat sich in seiner Habilitationsschrift mit dem Problem des Schadenersatzes ausführlich auseinandergesetzt (162), weshalb sich an dieser Stelle weitere Ausführungen erübrigen, zumal es sich nicht um eine spezifisch polizeirechtliche Materie handelt.

VI. Weitere Voraussetzungen für den polizeilichen Gewahrsam

A. Sachliche

1. Die ernsthafte und unmittelbare Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Beim Gewahrsam zum eigenen Schutz und zur Verhinderung von Straftaten ist eine enge zeitliche Beziehung zum bevorstehenden Schadensereignis erforderlich. Die Gefahr bzw. die Störung muss unmittelbar bevorstehen (163). Nach einer Mehrzahl der einschlägi-

157) Trechsel, EMRK, 233/234.

158) Trechsel, EMRK, 268.

159) Trechsel, EMRK, 266.

160) Trechsel, EMRK, 270, 371.

161) Trechsel, EMRK, 371.

162) Trechsel, EMRK, 265 ff. und 371 ff.

163) Art. 40 I SG PolG; § 17 I TG PolG; § 13 I Ziff. 2 ME; § 20 I Ziff. AE; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87.

gen Bestimmungen muss überdies noch ein weiteres Moment hinzutreten. Gemäss § 74 III ZH GdeG muss die betreffende Person Sicherheit und Eigentum ernstlich bedrohen oder gefährden. Nach Art. 40 I SG PolG und § 17 I TG PolG ist eine ernsthafte (SG) bzw. schwerwiegende (TG) Gefahr oder Störung erforderlich. § 20 I Ziff. 2 AE hebt hervor, dass es sich um die Verhinderung einer "erheblichen Straftat" handeln muss (164).

Diese Einschränkungen sind beim polizeilichen Gewahrsam, dem schwersten Eingriff unter den Standardmassnahmen, notwendig. Auch wenn eine gesetzliche Bestimmung wie z.B. § 13 I ME das Erfordernis der schweren Gefahr oder Störung nicht erwähnt, muss im Einzelfall dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgend stets geprüft werden, ob Art, Intensität und Umfang der Gefahr eine Freiheitsentziehung zu rechtfertigen vermögen.

Für die Festnahme entwichener Häftlinge oder anderer Anstaltsinsassen bedarf es keiner besonderen Voraussetzungen (165). Die Haft zwecks Ausschaffung ist dann gerechtfertigt, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Ausländer sich der Ausweisung entziehen will (166).

164) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87. Anders wohl die Praxis (vgl. TA vom 3. Sept. 1979, S. 13). Eine Frau aus Ghana wartete im Flughafen Kloten auf ihren Bräutigam aus Konstanz, der aber nicht erschien, weil er das Telegramm aus Ghana nicht erhalten hatte. Die hilflose Frau, welche fast kein Geld besass, sprach einen Passanten an, der sie im Hotel eines Bekannten unterbrachte und für die Zeche bürgte. Die Polizei, vom Hotelier mit Einwilligung der Frau bei der Suche nach dem Bräutigam um Hilfe angefragt, setzte die Frau sofort für mehrere Stunden in Gewahrsam. Die Begründung lautete (laut TA), dass man mit der getroffenen Massnahme habe vermeiden wollen, dass die Frau der Prostitution nachgehe oder wegen Zechprellerei Klagen eingehen würden.

165) Vgl. § 13 III ME.

166) Art. 56 II AuG (Entwurf des BR, BB1 1978 II 254).

2. Das Erfordernis der bereits begangenen Straftat oder verursachten Störung

Im Unterschied zur Fortsetzungshaft, wie sie einige Schweizer Strafprozessordnungen kennen (167), ist beim polizeilichen Gewahrsam als reiner Präventivmassnahme nicht erforderlich, dass der Betreffende bereits eine strafbare Handlung begangen oder sonst eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verursacht hat (168). Das Erfordernis der bereits begangenen Straftat ergibt sich höchstens aus der rechtsstaatlichen Erwägung, dass die praesumptio boni viri erst durch eine bereits begangene strafbare Handlung zerstört werden kann (169). Die §§ 35 II, 39 II und 40 II BS UeStG knüpfen indessen stets an eine bereits verursachte Ordnungsstörung an, indem sie den Gewahrsam nur gegen "Zuwiderhandelnde" zulassen.

3. Der polizeiliche Gewahrsam als letztes Mittel

Die Polizei ist nur dann befugt, eine Person in Gewahrsam zu setzen, wenn die Störung oder die Gefahr auf andere Weise nicht mehr beseitigt werden können (170).

4. Besonderheiten des Schutzgewahrsams

a) Grundsatz

"Die Beschränkung der Polizei auf den Schutz der "öffentlichen" Ordnung und Sicherheit und die Achtung der persönlichen Freiheit

167) Vgl. bei Schubarth, Untersuchungshaft, 105 f.

168) Schubarth, Untersuchungshaft, 108. Zu weit geht Noll, Ueberwachung, 63, der eine reine Präventivhaft schlechthin ablehnt.

169) Schubarth, Untersuchungshaft, 108.

170) § 17 I TG PolG; § 20 I AE; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87.

schliesslich grundsätzlich aus, dass der Einzelne polizeilich vor sich selbst geschützt wird" (171).

b) Ausnahmen

Wie schon in § 8 IV B nachzulesen ist, darf die Polizei zur Verhinderung eines Selbstmordes oder einer Selbstverstümmelung einschreiten (172). Kinder und Jugendliche sowie Zurechnungsunfähige sollen gar vor jeder ernsthaften Selbstgefährdung abgehalten werden dürfen (173). Daher ist der polizeiliche Gewahrsam zur Rettung einer Person aus einer Gefahr für Leib und Leben zulässig, wenn sie sich in einem die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand oder sonst in einer hilflosen Lage befindet oder wenn sie - im Vollbesitz ihrer körperlichen und geistigen Kräfte - sich das Leben nehmen will (174).

Art. 40 I SG PolG regelt indessen den Schutzgewahrsam nur lückenhaft. Erlaubt ist nur die Verhaftung von betrunkenen, unter Drogeneinfluss stehenden oder geistesgestörten Personen (175).

B. Verfahrensvorschriften

1. Der Festnahmebefehl

Analog zum Strafprozessrecht ist aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen für die Festnahme einer Person ein schriftlicher

171) Jost, 50.

172) Jost, 52; Zuppinger, 60 f., 62 FN 1; Kappeler, 158, vertritt demgegenüber die Ansicht: "En effet notre ordre juridique ne réprime ni le suicide, ni la tentative de mettre fin à ses jours."

173) Jost, 52.

174) Gobrecht, 312; Reinhard Hoffmann, 474; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 87/88; Koschwitz, 52. Vgl. auch Art. 40 I SG PolG; § 17 I TG PolG; § 13 I Ziff. 1 ME; § 20 I Ziff. 1 AE.

175) Betrachtet man entgegen der hier (vgl. vorn V B 7 a) vertretenen Ansicht § 35 II BS UeStG und Art. 39 Ziff. 2 VS UeStG auch als Anwendungsfälle des Schutzgewahrsams, so ist zu beachten, dass diese Bestimmungen nur den Gewahrsam des Betrunkenen gestatten.

Festnahmebefehl erforderlich, welcher dem Betroffenen bei der Verhaftung zu übergeben ist (176). Ist Gefahr im Verzug, so kann eine Festnahme ohne schriftliche Anordnung erfolgen, wobei die zuständige Behörde den Festnahmebefehl noch nachzubringen hat (177). Nach Art. 42 SG PolG und § 18 II TG PolG ist eine "schriftliche Verfügung" nur dann erforderlich, wenn der Polizeiverhaft voraussichtlich länger als 24 Stunden dauert. Für den Erlass der schriftlichen Verfügung ist im Kanton SG gemäss Art. 42 II SG PolG der Gemeindeammann, nach § 18 II TG PolG das Bezirksamt zuständig.

Ueber den Inhalt der Verfügung enthalten Art. 42 SG PolG und § 18 TG PolG keine Vorschrift. Wie im Strafprozessrecht muss der Haftbefehl etwa folgende Angaben enthalten: genaue Bezeichnung der festzunehmenden Person, den Grund der Freiheitsentziehung, die Rechtsgrundlage, auf die sich die Festnahme stützt, eine Belehrung über die Rechte des Festgenommenen, das weitere Vorgehen und das Datum und die Unterschrift des Beamten (178). Der schriftliche Befehl ist auch eine Form der Information im Sinne von Art. 5 II EMRK (179). Zur Ausstellung eines schriftlichen Festnahmebefehls könnte man wie im Kanton ZH für den Haftbefehl einen Polizeioffizier ermächtigen (180).

Aufgrund der heute geltenden Bestimmungen sind in den Kantonen ZH, BE und VD die Organe der Ortspolizei für die Anordnung des Polizeiverhafts zuständig. Im Kanton ZH ist dies gemäss § 74 III

176) Wie bei der Verhaftung im Strafprozessrecht. Vgl. z.B. Art. 114 III BE StPO; § 55 IV BS StPO; Art. 95 I SG StPO.

177) Vgl. z.B. § 61 IV BS StPO. Wir haben die gleiche Situation wie bei der vorläufigen Festnahme nach Strafprozessrecht vor uns.

178) Ähnlich wie der Haftbefehl im Strafprozessrecht. Vgl. z.B. Art. 112 und 113 BE StPO; betr. die Belehrung vgl. insbesondere § 55 II BS StPO.

179) Trechsel, EMRK, 341.

180) § 56 ZH StPO.

ZH GdeG der Gemeinderat wie im Kanton BE nach Art. 99 GdeG. Im Kanton VD veranlasst der "syndic" die Ergreifung von Bettlern und Landstreichern (Art. 80 VD GdeG). In den Kantonen BS und VS ist "die Polizei" befugt, Personen in Gewahrsam zu setzen. In diesen beiden Kantonen existieren keine besonderen Zuständigkeitsvorschriften. Eine schriftliche Verfügung ist - abgesehen von den eben erwähnten Ausnahmen in den Kantonen SG und TG - nirgends vorgesehen.

2. Richterliche Haftprüfung nach der Entlassung?

Mit der richterlichen Haftprüfung haben wir uns schon in früherem Zusammenhang eingehend auseinandergesetzt (181). Hier interessiert uns lediglich noch die Frage, ob die Entscheidung des Richters auch noch einzuholen ist, wenn der Betreffende bereits wieder entlassen worden ist. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht führte dazu aus (182), dass der Richtervorbehalt vernünftigerweise nicht zu einer Verlängerung des Freiheitsentzuges führen dürfe. Nach der Entlassung sei deshalb auf die richterliche Entscheidung zu verzichten. Dem ist zuzustimmen.

Bei einer Ausnüchterungshaft z.B. ist eine nachträgliche richterliche Entscheidung m.E. sinnlos. War der Freiheitsentzug rechtswidrig, so kann der Betroffene einen Schadenersatzprozess gegen den Staat anstrengen. Die richterliche Ueberprüfung ist somit ausreichend gewährleistet (183). Richtigerweise hält deshalb § 14 I Satz 2 ME den Grundsatz fest, dass es der richterlichen Entscheidung nicht bedarf, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Massnahme ergehen würde.

181) Vgl. vorn V C 3.

182) BVerwGE 45, 51; zig. nach Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 89 f.

183) A.M. AE, 81 f. N 3.

VII. Die Behandlung des Festgenommenen und der Vollzug des polizeilichen Gewahrsams

Für die Behandlung des Festgenommenen sei auf die Ausführungen zu Art. 5 II - IV verwiesen (184).

§ 15 III ME und § 22 IV AE halten fest, dass die betroffenen Personen getrennt von Straf- und Untersuchungsgefangenen untergebracht werden sollen. Art. 43 SG PolG schreibt vor, dass der Gewahrsam "nur in geeigneten Räumen vollzogen" werden dürfe. Ausserdem heben die deutschen Bestimmungen hervor, dass der festgehaltenen Person nur solche Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die der Zweck der Freiheitsentziehung erfordert. Dieser Grundsatz ist stets zu beachten, auch wenn er in keiner Bestimmung ausdrücklich verankert ist, weil es sich dabei um ein Gebot des Verhältnismässigkeitsprinzips handelt. Notwendige Begleitmassnahmen des Polizeiverhaftes sind die Personendurchsuchung (185), die Durchsuchung der mitgeführten Sachen (186) sowie die Beschlagnahme von Gegenständen, die der Betroffene im Freiheitsentzug missbräuchlich verwenden könnte (187). Diese Massnahmen werden in den entsprechenden Kapiteln behandelt.

VIII. Die Dauer der Freiheitsentziehung

A. Allgemeines

Eine Person darf nur solange in Gewahrsam gehalten werden, als ein Grund dazu besteht. Ist dieser weggefallen, so ist der Betreffende freizulassen (188). Art. 40 III SG PolG bestimmt, dass

184) Vgl. vorn V C.

185) Art. 31 I lit. d SG PolG; § 17 I Ziff. 1 ME; § 24 I Ziff. 2.

186) § 18 I Ziff. 1 ME; § 26 I Ziff. 1.

187) § 21 Ziff. 3 ME; § 31 Ziff. 3 AE.

188) § 16 Ziff. 1 ME; § 23 Ziff. 1 AE.

eine Person "nicht länger als unbedingt notwendig" in Gewahrsam gehalten werden darf. Ausserdem ist der polizeiliche Gewahrsam dann zu beenden, wenn der Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung für unzulässig erklärt hat (189).

B. Gesetzliche Festlegung einer Maximaldauer

M.E. ist nicht nur eine unbegrenzte, sondern auch eine mehrmonatige Präventivhaft wie im Falle Lawless (190) mit der Wesensgehaltsgarantie der persönlichen Freiheit nicht vereinbar (191), auch wenn sie von einem Richter angeordnet wäre. Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen der Polizeiverhaft in eine fürsorgliche Freiheitsentziehung gemäss Art. 397a rev. ZGB (192) oder in eine Untersuchungshaft ausmündet (193). Der Gewahrsam darf m.E. eine obere Grenze, die bei einigen Tagen, im Maximum bei einer Woche liegt, nicht überschreiten. So ist beispielsweise die Ausschaffungshaft gemäss Art. 56 II AuG auf 72 Stunden beschränkt. In Baden-Württemberg kann der Gewahrsam sogar bis zu zwei Wochen betragen (195). Im übrigen sei auf die Ausführungen im Abschnitt V C 2 b verwiesen.

189) § 16 Ziff. 2 ME; § 23 Ziff. 3 AE.

190) Hans Huber, Lawless, 651. Die Haft dauerte vom 13. Juli - 11. Dezember 1957.

191) Vgl. auch vorn V C 2 b.

192) BB1. 1977 III 59 ff.

193) Heise/Riegel, 69.

194) Ein Tag scheint jedoch zu kurz bemessen zu sein. Vgl. § 16 Ziff. 3 ME.

195) Heise/Riegel, 69.

§ 10 Die Personendurchsuchung

I. Begriff, Wesen und Abgrenzungen

A. Begriff und Wesen

Die Personendurchsuchung ist die Suche nach körperfremden Gegenständen oder Spuren in oder an der Kleidung des Betroffenen, an seiner Körperoberfläche oder in den ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen und Körperhöhlen (1). Die Personendurchsuchung ist ein erheblicher Eingriff in die körperliche Integrität, die Bewegungsfreiheit und die Geheim- und Intimsphäre (2). Mit Ausnahme der Durchsuchung von festgenommenen oder verhafteten Personen bedarf diese Massnahme einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (3).

B. Abgrenzungen

1. Die Untersuchung

Die Untersuchung unterscheidet sich von der Durchsuchung einmal durch ihren Zweck. Immer dann, wenn es um das Feststellen von körperlichen Eigenschaften geht, liegt eine Untersuchung vor (4). Entgegen der in der Schweizer Strafprozessrechtslehre (5) herrschenden Ansicht handelt es sich aber bereits dann um eine Untersuchung, wenn die Suche nach körperfremden Gegenständen einen

- 1) Ähnlich § 24 III AE; Heise/Riegel, 72. Zu den abweichenden Definitionen im schweizerischen Strafprozessrecht vgl. hinten B 1.
- 2) Futterlieb, 12 f., 16 f., 32; Rieder, 168/169; M. Meyer, 207; Schütz, 83; Kaufmann, 340.
- 3) Hauser, Lehrbuch, 180; M. Meyer, 212. Zur Ausnahme vgl. Futterlieb, 75 f.; M. Meyer, 131; Ule/Rasch, 97 Rn 154.
- 4) Futterlieb, 14 f.
- 5) Futterlieb, 11 f. und dort zit. Autoren.

Eingriff in das haut- oder muskelumschlossene Innere des Körpers erfordert (6). Bei den polizeilichen Standardmassnahmen spielt die Untersuchung nur im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung eine Rolle (7).

2. Die Sachdurchsuchung

Unter Sachdurchsuchung versteht man die Suche nach beweglichen Gegenständen, die sich ausserhalb des vom Hausrecht geschützten Bereiches (8) und nicht in den Kleidern einer Person (9) befinden. Im ersten Fall haben wir es mit einer Hausdurchsuchung und im zweiten mit einer Personendurchsuchung zu tun. Positiv ausgedrückt erstreckt sich die Sachdurchsuchung auf die von einer Person mitgeführten Gegenstände und Behältnisse, wie z.B. Handtaschen, Koffern, Mappen, Fahrzeuge usw. (10).

II. Die Tatbestände der polizeilichen Personendurchsuchung

In präventivpolizeilicher Hinsicht sind fünf Durchsuchungstatbestände von Bedeutung:

- 1) die Durchsuchung zur Identitätsfeststellung,
- 2) die Durchsuchung nach Waffen, gefährlichen Werkzeugen oder Gegenständen bei einer festgehaltenen Person,
- 6) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91; Heise/Riegel, 72. Ebenso Schütz, 83, der sogar die Körperhöhlen und -öffnungen zum Körperinneren zählt. Rieder, 168.
- 7) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91. Im Gegensatz zum ME enthält der AE in § 25 eine besondere Bestimmung über die körperliche Untersuchung.
- 8) Hauser, Lehrbuch, 179. Zum Hausrecht vgl. auch hinten § 12.
- 9) Nach Hauser, Lehrbuch, 179, umfasst die Sachdurchsuchung auch die am Körper getragenen Kleider.
- 10) Art. 30 SG PolG; Botschaft SG, 15; § 26 I Ziff. 1 AE; § 18 I Ziff. 1 ME. Futterlieb, 16 f., betrachtet demgegenüber die Kontrolle von mitgeführten Sachen als Personendurchsuchung, sofern sie nicht abgelegt oder versorgt sind. Näheres zur Sachdurchsuchung vgl. hinten § 11.

- 3) die Durchsuchung zur Auffindung von Gegenständen, die der Beschlagnahme unterliegen,
- 4) die Durchsuchung zum Schutze oder zur Rettung hilfloser Personen und (11)
- 5) die Durchsuchung zum Schutze von Dritten oder Polizeibeamten bei Personenkontrollen (12).

Die erste und die vierte Variante dürften sich in der Praxis häufig überschneiden (13), obwohl auch Fälle denkbar sind, in denen die Durchsuchung zur Identitätsfeststellung auch bei nicht hilflosen Personen erforderlich sein kann.

Die zweite Alternative bezieht sich gemäss § 24 I Ziff. 2 AE, § 17 I Ziff. 1 ME und Art. 31 I lit.d SG PolG auf die Durchsuchung von festgehaltenen Personen. Sie bezweckt als Massnahme der Gefahrenabwehr, den Durchsuchten vor sich selbst (Suizidgefahr), Dritte (andere Gefangene z.B.) oder den durchsuchenden Polizeibeamten zu schützen (14). Ausserdem dient diese Massnahme dazu, der Sachbeschädigung im Freiheitsentzug und der Fluchtgefahr vorzubeugen (15).

Eine Durchsuchung kommt ferner im Sinne der dritten Variante dann in Betracht, wenn der Verdacht besteht, dass die betreffende Person Sachen in Gewahrsam hat, die der Beschlagnahme unterliegen (16). Aus präventivpolizeilichen Gründen ist die Sicherstellung

11) § 24 I Ziff. 1-4 AE; AE, 86 N 1.

12) § 17 II ME.

13) Gemäss Art. 31 lit.e SG PolG ist die Durchsuchung zur Identitätsfeststellung nur bei hilflosen Personen gestattet.

14) Futterlieb, 75 f.; M. Meyer, 137; Schütz, 150; Fäh, 83; AE, 8 N 5.

15) Futterlieb, 75; M. Meyer, 137.

16) § 17 I Ziff. 2 ME; § 24 I Ziff. 3 AE.

erforderlich, um den rechtmässigen Besitzer oder Eigentümer vor Verlust oder Beschädigung zu schützen, die missbräuchliche Verwendung von Gegenständen durch festgenommene Personen zu verhindern oder um eine sonstige Gefahr abzuwehren (17). Auf den letzten Fall scheint insbesondere Art. 31 I lit.b SG PolG ausgerichtet zu sein, wonach die Polizei Personen durchsuchen darf, die verdächtig sind, widerrechtlich Waffen auf sich zu tragen. Ueberschneidungen der dritten mit der zweiten Durchsuchungsvariante sind denkbar (18).

Die Durchsuchung hilfloser Personen (Variante 4) liegt in erster Linie im Interesse des Betroffenen, weil sie vielfach der Benachrichtigung der Angehörigen dient (19). Sie ist eine Durchsuchung zum Zwecke der Identitätsfeststellung.

Nach § 17 II ME ist ausserdem eine Durchsuchung nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln bei Personenkontrollen aufgrund des Polizeigesetzes oder anderer Rechtsvorschriften generell zulässig, wenn dies nach den Umständen zum Schutze des Polizeibeamten oder Dritter gegen eine Gefahr für Leib und Leben erforderlich ist (20). Auch diese Massnahme lässt sich auf Art. 31 lit.b SG PolG stützen. Entgegen der von den Autoren des Alternativentwurfes vertretenen Ansicht (21) ist dieser Fall nicht durch die zweite Variante (Durchsuchung festgenommener Personen) gedeckt, da bei einer Identitätsfeststellung auch Personen in Anspruch genommen werden, die nicht festgenommen werden dürfen. Der Unterschied zur Identitätsfeststellung (erste Variante) liegt in einer Vorverlagerung des Eingriffs (22). Bei

17) § 21 Ziff. 1-3 ME; § 31 Ziff. 1-3 AE.

18) AE, 87 N 5.

19) Art. 31 lit.c SG PolG; Heise/Riegel, 72.

20) Vgl. Futterlieb, 76.

21) AE, 87 N 5.

22) Heise/Riegel, 73

der Fahndung nach einem gefährlichen Verbrecher muss die Polizei von Anfang an alle Betroffenen durchsuchen können, auch wenn es sich beim Ueberprüften nur um einen harmlosen Passanten gehandelt hat, der nicht festgenommen werden darf, und auch wenn die Durchsuchung zur Feststellung der Personalien nicht notwendig war. Die Regelungsbedürftigkeit dieses Durchsuchungstatbestandes wird denn auch von den Autoren des Alternativentwurfes nicht bestritten (23).

Nicht selten werden bei der Durchsuchung von Personen neben polizeilichen auch strafprozessuale Motive gleichzeitig gegeben sein (24). Wird etwa die Polizei zur Unterbindung einer Schlägerei auf öffentlichen Plätzen oder in öffentlichen Lokalen eingesetzt, so kann sich die Durchsuchung der Beteiligten nach Schlagwerkzeugen aufdrängen. Diese Durchsuchung dient nicht nur der Eigensicherung der Beamten und der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern auch der Suche und der Sicherstellung von Beweismitteln für das Strafverfahren (25). In solchen Gemengelagen erlangen auch die strafprozessualen Bestimmungen präventivpolizeiliche Bedeutung (26), weshalb im nachstehenden Ueberblick auch die strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen aufgeführt sind.

23) AE, 87 N 5.

24) Futterlieb, 77.

25) Futterlieb, 77.

26) Vgl. unten III. Im Kanton SG ist die polizeiliche Durchsuchung im Interesse der Gefahrenabwehr und der Strafrechtspflege abschliessend in Art. 31 SG PolG geregelt. (Vgl. Art. 115 II SG StPO, Art. 57 SG PolG.)

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	BStP 67 I, 71 I
ZH	StPO 22 u. 23 i.V.m. 156 I PolGefVO 13 II BezGefVO 18 II
BE	StPO 71bis I BezGefVO 7
BS	StPO 25 III i.V.m. 63 (27), 56 II, 61 III
SG	PolG 31
VD	StPO 62 I, 165 I (28)
VS	StPO 39 Ziff. 1 i.V.m. 66 Ziff. 1 II (29)

B. Erläuterungen

1. Die lückenhafte Regelung der sicherheitspolizeilichen Personendurchsuchung

Die sicherheitspolizeilichen Tatbestände der Personendurchsuchung sind in den Polizeigesetzen nur mangelhaft geregelt. Eine Ausnahme bildet der Kanton SG. Gemäss Art. 31 I lit.b - d kann die Polizei Personen durchsuchen, die verdächtig sind, widerrechtlich Waffen auf sich zu tragen (lit.b), die bewusstlos oder sonst hilflos sind, wenn dies zur Feststellung der Personalien erforderlich ist (lit.c), oder die vorläufig festgenommen, verhaftet oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzt worden sind (lit.d). Art. 31 I

- 27) Die Untersuchung erfasst auch die weniger weitgehende Durchsuchung (Futterlieb, 49).
- 28) Art. 165 I VD StPO ist die gesetzliche Grundlage für die Blutprobe, ein Anwendungsfall der Untersuchung, in der die Durchsuchung mitenthaltend ist (Futterlieb, 49).
- 29) Art. 66 Ziff. 1 II VS StPO ist die Grundlage für die Untersuchung. Als in maiore minus ist auch die Durchsuchung zulässig (Futterlieb, 49). Die alte VS StPO sah in Art. 107 die Durchsuchung Verhafteter ausdrücklich vor (Huggenberger, Diss, 149).

lit.a SG PolG ist auf das konkrete Ermittlungsverfahren ausgerichtet und gestattet der Polizei Personen zu durchsuchen, die eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig sind. Hingegen fehlt im SG PolG eine klare gesetzliche Grundlage für die Durchsuchung zum Zwecke der sicherheitspolizeilichen Beschlagnahme (30). Art. 31 I lit.b SG PolG vermag diese Lücke nur teilweise zu schliessen, weil sein Anwendungsbereich nur sehr beschränkt ist. Im Rahmen fahndungspolizeilicher Kontrollen darf die Polizei gemäss Art. 30 II SG PolG lediglich Sachen zum Zwecke der Beschlagnahme (31) durchsuchen. Eine Personendurchsuchung zum Zwecke der Sicherstellung kommt nach lit.a nur bei Personen in Betracht, die eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig sind.

Im Bund und in den übrigen Kantonen muss sich die Polizei zur Anordnung und Durchführung der Personendurchsuchung vorwiegend auf die Vorschriften des Strafprozessrechts, zum Teil auch des Strafvollzugsrechts stützen (32). Von den Normen des Strafprozessrechts sind nur § 56 II und § 61 III BS StPO und Art. 62 I VD StPO, wonach Personen bei ihrer Verhaftung oder Festnahme durchsucht werden dürfen, sicherheitspolizeilicher Natur (33); sie sind insofern lückenhaft, als sie beispielsweise die in polizeilichen Gewahrsam gesetzten Personen nicht erfassen (34).

Alle übrigen Bestimmungen des Strafprozessrechts regeln wie Art. 31 I lit.a SG PolG die Durchsuchung von Personen im Interesse der Strafrechtspflege (35) und erlangen nur bei sog. Gemengelagen präventivpolizeiliche Bedeutung (36). Eine Durchsuchung einer

30) Vgl. z.B. § 17 I Ziff. 2 i.V.m. § 21 Ziff. 1 ME.

31) Gemeint ist die Beschlagnahme im Sinne von Art. 107 StPO (vgl. Botschaft SG, 15).

32) Vgl. z.B. § 56 II und § 61 III BS StPO.

33) Futterlieb, 76.

34) Vgl. demgegenüber Art. 31 lit.d SG PolG.

35) Vgl. z.B. Art. 71bis I BE StPO.

36) Vgl. das Beispiel bei Futterlieb, 77; vorn II.

Person allein aus sicherheitspolizeilichen Gründen, wie sie auf den Schweizer Flughäfen vorgenommen wird (37), z.B. auf einem Bahnhof, auf den ein Anschlag verübt werden sollte, vermögen sie indessen nicht zu rechtfertigen.

Als Erlasse des Strafvollzugsrechts haben die Berner und Zürcher Gefängnisverordnungen lediglich die Durchsuchung von Untersuchungshäftlingen und Administrativgefangenen zum Gegenstand (38), decken aber zumindest den zweiten Tatbestand der sicherheitspolizeilichen Durchsuchung beinahe vollständig ab.

Als Rechtsgrundlage für die Personendurchsuchung kommen allfällige Bestimmungen über die sicherheitspolizeiliche Beschlagnahme, wie z.B. § 14 ZH StVG, nicht in Frage. Wenn auch die Durchsuchung vielfach nur im Interesse der Beschlagnahme erfolgt, ist sie dennoch eine selbständige Massnahme, die nicht wie die Sicherstellung primär die Eigentumsgarantie, sondern die persönliche Freiheit in all ihren Erscheinungsformen tangiert. Gerade die erfolglose Durchsuchung zeigt, dass die Anlehnung der körperlichen Durchsuchung an die Beschlagnahme keine genügende Rechtsbasis abzugeben vermag (39).

Zusammenfassend kann man feststellen, dass die gesetzliche Regelung der polizeilichen Personendurchsuchung nur sehr lückenhaft und deshalb unbefriedigend ist. Weist das Gesetz Mängel auf, so kann es nicht Sache der rechtsanwendenden Behörden, sondern nur des Gesetzgebers sein, für diese Zwangsmassnahme eine eindeutige Rechtsgrundlage zu schaffen (40). In einigen Fällen ist die Durchsuchung trotz Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage nicht verfassungswidrig. Davon soll im folgenden die Rede sein.

37) Vgl. dazu Art. 100bis LFG (SR 748.0).

38) Vgl. die in der Uebersicht angeführten Bestimmungen.

39) Kaufmann, 340.

40) Hauser, Lehrbuch, 180; M. Meyer, 212.

2. Die Durchsuchung von vorläufig festgenommenen, verhafteten oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzten Personen im besonderen

In den Kantonen ZH und BE ist die Durchsuchung von Gefangenen, Untersuchungshäftlingen und in polizeilichen Gewahrsam gesetzten Personen lediglich auf Verordnungsstufe geregelt. Die anlässlich einer Freiheitsentziehung durchsuchten Personen befinden sich in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat (41). Das Bundesgericht stellt bei Vorliegen eines solchen Verhältnisses weniger strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen und hat entschieden, dass die Einzelheiten des Freiheitsentzuges wie z.B. die Durchsuchung, nicht in einem formellen enthalten sein müssen. Die Regelung der Vollzugsordnung könne der ordentliche Gesetzgeber an die Exekutive delegieren. Die Zürcher und die Berner Gefängnisverordnungen beruhen auf einer verfassungsmässigen Delegation (42). Die mit der Durchsuchung verbundenen Beeinträchtigungen der persönlichen Freiheit von Personen, denen die Freiheit entzogen worden ist, ist somit in diesen beiden Kantonen rechtmässig.

Die Durchsuchung von festgenommenen, verhafteten oder in Gewahrsam gesetzten Personen ist aber auch dann zulässig, wenn überhaupt keine Vorschrift die Polizei ausdrücklich dazu ermächtigt (43). Wer sich ohnehin schon rechtmässig in Gewahrsam befindet, wer zu Recht vorläufig festgenommen oder wer verhaftet worden ist, darf von der Polizei durchsucht werden, weil die Durchsuchung die Bewegungsfreiheit nicht weiter einschränkt, als sie

41) BGE 99 Ia 267/268 E.2; Futterlieb, 38, 76.

42) So ausdrücklich das Bundesgericht zur Zürcher Bezirksgefängnisverordnung in BGE 99 Ia 269 f. E.5. In BGE 102 Ia 279 ff. wurde diese Frage für die Polizeigegefängnisverordnung denn auch gar nicht mehr untersucht. Die Berner Bezirksgefängnisverordnung stützt sich auf Art. 126 BE StPO.

43) Die Durchsuchung vorläufig Festgenommener ist auch in den Kantonen ZH und BE nirgends geregelt.

bereits eingeschränkt ist (44). Die Durchsuchung muss jedoch im Sinne der polizeilichen Generalklausel eine notwendige Massnahme zum Schutze des Polizeibeamten, des Betroffenen selbst, Dritter oder ein notwendiges Mittel zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Anstalt darstellen (45). Die Polizeigeneralklausel dürfte mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen wohl auch als Ermächtigungsgrundlage für die Durchsuchung zum Zwecke der Identifizierung (46) und zum Schutze des Polizeibeamten oder Dritter im Rahmen von Personenkontrollen angerufen werden (47). In den übrigen Fällen bedarf die Personendurchsuchung stets einer besonderen gesetzlichen Grundlage (48). In Anbetracht dessen, dass die Durchsuchung nicht nur in die Bewegungsfreiheit des Einzelnen eingreift, sondern auch die körperliche Integrität und die Intimsphäre berührt, ist de lege ferenda für sämtliche Durchsuchungstatbestände eine klare Rechtsgrundlage in einem formellen Gesetz zu postulieren.

IV. Die Voraussetzungen der Personendurchsuchung

A. Die Durchsuchung zur Identitätsfeststellung

Die Durchsuchung zur Feststellung der Personalien ist nur zulässig, wenn diese selbst rechtmässig ist und wenn andere weniger weitgehende Massnahmen nicht zum Ziele führen (49). Bevor die

44) Greiner, Durchsuchung, 321; Ule/Rasch, 97 Rn 154; Kaufmann, 340; Fäh, 84; M. Meyer, 131, 137.

45) Greiner, Durchsuchung, 319; vgl. auch Futterlieb, 75; M. Meyer, 137; Fäh, 83.

46) Vgl. vorn § 6 IV B 1. Wenn die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen zum Zwecke der Identifizierung als ultima ratio auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann, so muss dies auch für die Suche nach Ausweispapieren gelten.

47) Futterliebe, 76 f.; vgl. auch vorn II.

48) Ule/Rasch, 97 Rn 154; a.M. Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 44; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 91.

49) § 9 II ME.

Polizei zum letzten Mittel greift und den Betreffenden erkenntnisdienlich behandelt (50), muss sie prüfen, ob unter den gegebenen Umständen nicht auch eine Durchsuchung nach Gegenständen, die der Identifikation dienen könnten, angezeigt wäre (51). Die Suche muss jedoch auf Ausweispapiere beschränkt bleiben, die möglicherweise in mitgeführten Sachen zu finden sind (52). Art. 31 I lit.c SG PolG lässt eine Durchsuchung zur Identitätsfeststellung nur bei bewusstlosen oder sonst hilflosen Personen zu. Die übrigen in der Uebersicht angeführten Bestimmungen des Strafprozessrechts decken den hier behandelten Durchsuchungsstatbestand nicht ab. In sog. Gemengelagen kann die Polizei unter Umständen auf diese Ermächtigungsgrundlagen zurückgreifen.

B. Die Durchsuchung von Personen zum Schutze der Polizeibeamten und Dritter bei Personenkontrollen

Anders als der AE sieht der ME in § 17 II vor, dass die Polizei Personen, deren Identität aufgrund irgendeines Gesetzes festgestellt werden soll, nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln durchsuchen kann, wenn dies zum Schutz des Polizeibeamten oder eines Dritten nach den Umständen gegen eine Gefahr für Leib und Leben erforderlich ist. Wenn zu vermuten ist, dass die Person, nach der gefahndet wird, derartige Gegenstände bei sich trägt, z.B. ein gefährlicher Bankräuber oder ein Terrorist, so müssen sich alle dabei überprüften Personen gefallen lassen, dass sie daraufhin durchsucht werden (53).

Im Gegensatz zur Durchsuchung zum Zwecke der Beschlagnahme muss diese Massnahme unter erleichterten Voraussetzungen zulässig sein. Es brauchen nicht unbedingt Tatsachen vorzuliegen, welche die

50) Vgl. dazu Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 81/82.

51) § 15 III Ziff. 6 AE.

52) § 9 II ME. Zur Durchsuchung von Sachen vgl. § 11.

53) Greiner, Durchsuchung, 318.

Annahme rechtfertigen, dass der Betreffende Gegenstände der oben genannten Art mit sich führt (54). Diese Herabsetzung der Eingriffsvoraussetzungen ist gerechtfertigt und lässt sich mit dem notwendigerweise weiten Adressatenkreis bei der Identitätsfeststellung begründen (55). Wollte man bei einer Fahndung nach terroristischen Gewalttätern in bezug auf sämtliche überprüften Personen fordern, dass solche Tatsachen vorliegen müssen, würde man die Beteiligten, insbesondere die Polizeiorgane, einer grossen Gefahr aussetzen. Der Unterschied zur Durchsuchung zur Identitätsfeststellung liegt in der Vorverlagerung des Eingriffs. Der Polizist darf zur Eigensicherung jede bei einer Razzia anwesende Person von Anfang an durchsuchen, auch wenn dies zur Feststellung der Personalien gar nicht notwendig ist und die Voraussetzungen für eine Durchsuchung zwecks Identitätsfeststellung nicht gegeben sind (56).

Im Unterschied zur Durchsuchung vorläufig festgenommener, verhafteter oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzter Personen brauchen bei der Durchsuchung anlässlich einer Passantenkontrolle die Gründe für eine Festnahme, eine Verhaftung oder eine polizeiliche Freiheitsentziehung nicht vorzuliegen. Entgegen der Ansicht der Autoren des Alternativentwurfes (57) erfasst die Durchsuchung als Begleitmassnahme eines Freiheitsentzuges diesen Fall nicht, weil bei einer Razzia auch Personen nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmittel durchsucht werden müssen, die nicht festgenommen, verhaftet oder in Gewahrsam gesetzt werden dürfen.

54) Vgl. zur Durchsuchung zum Zwecke der Beschlagnahme z.B. § 24 I Ziff. 3 AE.

55) Vgl. vorn § 5 V A.

56) Heise/Riegel, 73.

57) AE, 87 N 5.

C. Die Durchsuchung von hilflosen Personen

Sowohl § 17 I Ziff. 3 ME als auch § 24 I Ziff. 4 AE ermächtigen die Polizei, eine Person zu durchsuchen, die sich in einem die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand oder sonst in einer hilflosen Lage befindet. Zweck dieser Durchsuchung ist die Identitätsfeststellung im Interesse und zum Schutze des Betroffenen, um die Angehörigen benachrichtigen zu können (58). Art. 31 I lit.c SG PolG regelt genau diesen Tatbestand der Durchsuchung. Ueberschneidungen mit anderen Varianten der Durchsuchung werden häufig vorkommen (59).

D. Die Durchsuchung vorläufig festgenommener, verhafteter oder in polizeilichen Gewahrsam gesetzter Personen

Ist die Freiheitsentziehung rechtmässig, so ist die Polizei befugt, die betreffende Person sofort zu durchsuchen. Die Durchsuchung muss im Sinne der polizeilichen Generalklausel eine notwendige und zweckmässige Massnahme zur Abwehr einer Gefahr sein (60). Ordnet die Polizei den Freiheitsentzug im Anschluss an eine Razzia an, so sind Ueberschneidungen mit dem unter B. behandelten Tatbestand denkbar. Die Suche nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln stellt gegenüber der hier in Frage stehenden Durchsuchung aber nur eine Vorstufe dar (61), welche eine gründlichere Kontrolle in einem späteren Zeitpunkt nicht überflüssig macht. Zur Verhinderung von Selbstmorden oder Ausbruchversuchen muss der Betroffene nochmals einer genauen Leibesvisitation unterzogen werden.

58) Heise/Riegel, 72.

59) Z.B. ist die Durchsuchung einer wegen Hilflosigkeit in Gewahrsam genommenen Person auch als Begleitmassnahme des Freiheitsentzuges denkbar. Vgl. dazu den nächsten Abschnitt.

60) Greiner, Durchsuchung, 321.

61) Fäh, 83.

E. Die Durchsuchung von Personen zur Auffindung von Gegenständen, die der Beschlagnahme unterliegen

Die Polizei kann Personen durchsuchen wenn der Verdacht besteht, dass sie Sachen in Gewahrsam haben, die aufgrund irgendeines Gesetzes beschlagnahmt werden dürfen (62). Diese Durchsuchung ist aber nur zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die betreffende Person beschlagnahmefähige Sachen mit sich führt (63). Sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, reicht eine Vermutung wie bei der Durchsuchung des Verdächtigen nach Strafprozessrecht nicht aus (64).

Bei den sog. Gemengelagen haben aber die Bestimmungen des Strafprozessrechts über die Durchsuchung des Verdächtigen den Vorrang vor den Vorschriften des Polizeirechts (65). Ebenso muss die Polizei in solchen Situationen den Betroffenen auf ein eventuelles Durchsuchungsverweigerungsrecht aufmerksam machen (66).

Art. 31 I lit.b SG PolG und Art. 100bis LFG (67) umschreiben die Voraussetzungen offensichtlich weniger streng. Nach Art. 31 I lit.b SG PolG genügt ein Verdacht, dass eine Person widerrechtlich Waffen auf sich trägt. Art. 31 I lit.a SG PolG verlangt seinerseits einen "dringenden" Tatverdacht. Daraus ist zu schließen, dass an den "Verdacht" im Sinne von lit.b nicht so strenge Anforderungen gestellt werden. Art. 100bis LFG III fordert "Ver-

62) Aehnlich § 24 I Ziff. 3 AE. § 17 I Ziff. 2 ME schränkt in der Weise ein, dass nur eine Sicherstellung aufgrund des Polizeigesetzes in Betracht kommt (Heise/Riegel, 72).

63) Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 45; Peter, Ermittlungen, 36.

64) Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 45; Futterlieb, 112 f.

65) Eine Durchsuchung, welche nach Strafprozessrecht zulässig ist, kann nach Polizeirecht nicht widerrechtlich sein. A.M. Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 11 ff. (Beurteilung nach Strafprozessrecht), 42 ff., insbesondere 45 (Beurteilung nach Polizeirecht).

66) Futterlieb, 114; Hauser, Zeugenbeweis, 138 ff.

67) SR 748.0.

dachtsgründe", dass ein Anschlag auf ein Luftfahrzeug ausgeführt werden könnte, eine Voraussetzung, die nach der heutigen Praxis auf den Schweizer Flughäfen offenbar immer gegeben zu sein scheint.

V. Die Durchführung der Personendurchsuchung

Art. 31 II SG PolG schreibt vor, dass die Durchsuchung so schonend als möglich durchzuführen sei (68). Art. 100bis IV LFG präzisiert, dass Kontrollen und Durchsuchungen nur unter grösster Schonung des Privatgeheimnisses durchzuführen seien. Ausserdem sind unter Vorbehalt dringender Fälle nur Personen gleichen Geschlechts oder ein Arzt ermächtigt, Leibesvisitationen vorzunehmen (69). Auch Art. 31 II SG PolG geht von diesem Grundsatz aus, obwohl er lediglich bestimmt, dass Frauen mit Ausnahme der unaufschiebbaren Durchsuchungen nur von weiblichen Personen durchsucht werden dürfen.

Bei der Durchsuchung hat die Polizei stets auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Schamgefühl zu achten (70). Daher kann es sich aufdrängen, dass die zu durchsuchenden Personen vom Anhalteplatz zur nächsten Polizeidienststelle oder an einen anderen geeigneten Ort verbracht werden müssen, wenn sich notwendige Massnahmen nicht an Ort und Stelle durchführen lassen (Leeren der Taschen, Aus- und Ankleiden, Abtasten) (71). Die Befugnis hierzu wird sachnotwendig von der Durchsuchung erfasst. Die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit ist eine von der Ermächtigungsnorm für die Durchsuchung miterfasste Nebenwirkung (72).

68) Aehnlich § 17 III ME.

69) § 17 III ME; § 24 II AE.

70) § 24 III AE; Ule/Rasch, 98 Rn 156.

71) Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 44.

72) Hoffmann-Riem, Durchsuchung, 13 und 44.

§ 11 Die Sachdurchsuchung

I. Begriff und Wesen

A. Die Sachdurchsuchung im allgemeinen

Unter Sachdurchsuchung versteht man die Suche nach Personen oder beweglichen Gegenständen ausserhalb des vom Hausrecht verfassungsrechtlich geschützten Bereiches (1). Die Durchsuchung der von einer Person getragenen Kleider stellt jedoch eine Personendurchsuchung dar (2). Gegenstand der Sachdurchsuchung sind beispielsweise Handtaschen, Koffern, Mappen (3), Autos, Flugzeuge, unbewohnte Schiffe (4) usf. Bereits als Hausdurchsuchung ist die Durchsuchung von sog. Mobilheimen, Wohnwagen und Hausbooten, die bewohnt sind, zu betrachten (5). Die Sachdurchsuchung greift in die Eigentumsgarantie (6) und die Privat- und Geheimsphäre ein (7).

B. Die Papierdurchsuchung im besonderen

Im Strafprozessrecht trifft man als eigenes - und deshalb besonders geregeltes - Institut die sog. Papierdurchsuchung an (8), die jedoch nur einen Anwendungsfall der Sachdurchsuchung darstellt (9). Die der Papierdurchsuchung gewidmeten Sonderregelun-

- 1) Zum Inhalt des Hausrechts vgl. vorn § 4 II B. Soweit ist diese Definition mit der von Hauser, Lehrbuch, 179, identisch. Vgl. auch Heise/Riegel, 74/75.
- 2) Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Begriff der Personendurchsuchung. Vgl. vorn § 10 I.
- 3) Sog. mitgeführte Sachen im Sinne von Art. 30 SG PolG; vgl. auch § 18 I Ziff. 1 ME; § 26 I Ziff. 1 AE.
- 4) AE, 91 N 2; Botschaft SG, 15.
- 5) Diese fallen unter das Hausrecht. Vgl. Heise/Riegel, 79.
- 6) Futterlieb, 16; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 92.
- 7) Hug, 234; Rasch, 11 und 13.
- 8) Vgl. z.B. BStP 69; ZH StPO 99-103; SG StPO 112 f.; Hauser, Lehrbuch, 180 f.
- 9) Battaglia, 117; Weber, 50 ff.

gen beinhalten namentlich spezielle Verfahrensvorschriften für die Durchsicht von Schriftstücken wie Briefen, Postkarten, Geschäftsbüchern, Rechnungen, Plänen, Tagebüchern, Manuskripten usw. (10), die anlässlich einer Personen-, Haus- oder Sachdurchsuchung gefunden worden sind. Der Grund für die besondere Aufmerksamkeit, die der Gesetzgeber der Papierdurchsuchung geschenkt hat, liegt darin, dass bei der Durchsicht von schriftlichen Unterlagen Privat-, Berufs- und Geschäftsgeheimnisse in grösserem Ausmasse als bei einer "gewöhnlichen" Sachdurchsuchung verletzt werden können (11).

Mit Ausnahme von Art. 30 II SG PolG findet sich in keiner Bestimmung eines Polizeigesetzes ein Hinweis auf die Papierdurchsuchung. Art. 30 II SG PolG enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt für die Papierdurchsuchung im Sinne von Art. 112 f. SG StPO. Auch im ME und im AE finden sich keine Bestimmungen über die Papierdurchsuchung (12).

M.E. kann aber die Durchsicht von Papieren auch in sicherheitspolizeilicher Hinsicht praktische Bedeutung erlangen. Hat die Polizei beispielsweise Kenntnis von einem geplanten Banküberfall, so muss sie alle notwendigen Massnahmen treffen, um diesen zu verhindern. Dazu kann aber unter Umständen auch die Durchsicht von Schriftstücken gehören, unter denen sich möglicherweise Pläne, Skizzen, Materiallisten, Fotografien usf. mit Angaben über das beabsichtigte verbrecherische Vorhaben befinden (13).

10) Futterlieb, 17.

11) Hauser, Lehrbuch, 180.

12) Anders Art. 30 des alten bayrischen Polizeiaufgabengesetzes und § 110 DStPO. Art. 30 II SG PolG bringt denn auch nur einen Vorbehalt für die Durchsicht von Papieren im Interesse der Strafrechtspflege an. (Für Art. 36 alt PAG vgl. König, 40).

13) Gerber, 74 f., weist am Beispiel der Terrorismusbekämpfung auf die lückenhafte Regelung der Zwangsmassnahmen hin. Diese Feststellung gilt insbesondere für die sicherheitspolizeiliche Durchsuchung.

Ein Anwendungsfall der Papierdurchsuchung ist die Identitätsfeststellung. Dabei beschränkt sich die Durchsicht jedoch auf Pässe, Identitätskarten und andere Ausweisschriften, die den besonderen Schutz der "Papiere" nicht geniessen (14), weil sie begriffsnotwendig keine Angaben über die Privat- und Geheimsphäre enthalten (15). Art. 36 alt PAG (Polizeiaufgabengesetz Bayerns) regelte die Durchsicht von Papieren ausdrücklich und machte im Interesse der Klarheit einen Vorbehalt für die Feststellung der Personalien (16).

II. Die Tatbestände der sicherheitspolizeilichen Sachdurchsuchung

Es lassen sich drei Fälle auseinanderhalten:

- 1) Einmal darf die Polizei Sachen dann durchsuchen, wenn sie von einer Person mitgeführt werden, die ihrerseits durchsucht werden darf (17).
- 2) Ausserdem muss die Polizei zur Durchsuchung einer Sache befugt sein, wenn der Verdacht besteht, dass sich in ihr eine Person befindet, die festgenommen werden darf oder die wiederrechtlich festgehalten wird (Geiselnahmen) (18).
- 3) Schliesslich ist eine Durchsuchung von Sachen dann erforderlich, wenn der Verdacht besteht, dass die Sache Gegenstände enthält, die sichergestellt werden dürfen (19).

14) König, 404.

15) Aus diesem Grund ist der sog. "Informationseingriff" (Schwan, 246) bei der Personalienfeststellung verfassungsrechtlich irrelevant.

16) König, 403.

17) § 18 I Ziff. 1 ME; § 26 I Ziff. 1 AE.

18) § 18 I Ziff. 2 lit.a und b ME; § 26 I Ziff. 2 lit.a und b AE.

19) Art. 30 II SG PolG; § 18 I Ziff. 3 ME; § 26 I Ziff. 3 AE.

Unnötig erscheint es m.E., bei der zweiten Variante den Katalog der Voraussetzungen dahingehend zu erweitern, dass eine Durchsuchung auch dann gestattet sein soll, wenn sich in der Sache eine Person aufhält, die hilflos ist (20) oder durchsucht werden darf (21). Die Polizei kann bekanntlich hilflose Personen festnehmen bzw. in Gewahrsam setzen (22), sofern die Voraussetzungen für den Schutzgewahrsam gegeben sind. Dieser Fall ist aber bereits durch die zweite Variante in der oben beschriebenen Fassung gedeckt. § 26 I Ziff. 2 lit.d AE kann m.E. ebenfalls entfallen, weil dieser Fall der Sachdurchsuchung auch bereits durch die zweite und dritte Variante erfasst wird (23). Nach § 26 I Ziff.2 lit.d AE darf die Polizei Sachen durchsuchen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihnen eine Person befindet, die durchsucht werden darf.

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	-- (24)
ZH	StPO 340
BE	StPO 71bis I
BS	StPO 66 Ziff. 3
SG	PolG 30
VD	--
VS	--
TG	PolG 16

20) § 18 I Ziff. 2 lit.c ME; § 26 I Ziff. 2 lit.c AE.

21) § 26 I Ziff. 2 lit.d AE.

22) Vgl. vorn § 9 II B, V B 7 a und VI A 4.

23) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 92, erwähnen sogar nur diese beiden Tatbestände.

24) Vgl. auch Art. 100bis LFG, welcher die Durchsuchung und die Kontrolle von Personen und Handgepäck regelt.

B. Erläuterungen

Von den in der Uebersicht angeführten Normen enthalten nur Art. 71bis I BE StPO, Art. 30 SG PolG und § 16 TG PolG eine ausdrückliche Bestimmung für die Sachdurchsuchung. § 340 ZH StPO und § 66 Ziff. 3 BS StPO regeln die sicherheitspolizeiliche Hausdurchsuchung (25). In der Befugnis, Räume zu durchsuchen, ist auch das Recht zur Sachdurchsuchung mitenthaltend, da dieser Eingriff gegenüber der Hausdurchsuchung ein minus darstellt (26). Wo besondere Vorschriften fehlen, muss man prüfen, ob für die Sachdurchsuchung allenfalls die strafprozessualen Normen über die Hausdurchsuchung herangezogen werden können (27), weil im Strafprozessrecht die Sachdurchsuchung ebenfalls sehr lückenhaft geregelt ist (28).

Die Befugnis der Polizei zur Durchsuchung von Sachen lässt sich wie die Ermächtigung zur Personendurchsuchung nicht aus dem Recht zur Beschlagnahme ableiten (29). Obwohl die Durchsuchung das Mittel ist, die Beschlagnahme zu ermöglichen, sind beide Massnahmen vollständig losgelöst voneinander, selbständig denkbar. Denn eine Durchsuchung muss nicht zwingend zu einer Beschlagnahme führen, und nicht jede Beschlagnahme setzt eine Durchsuchung voraus (30).

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage ist die Sachdurchsuchung aufgrund der polizeilichen Generalklausel zulässig, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren und schweren Gefahr oder Störung erfüllt sind und sich diese Massnahme als zur Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung notwendig erweist (31).

25) Weber, 1 FN 1.

26) Hauser, Lehrbuch, 179; Peters, 382; Futterlieb, 16.

27) Vgl. hinten IV A.

28) Hauser, Lehrbuch, 179.

29) Kaufmann, 340; Schütz, 91; a.M. Battaglia, 117; Weber, 50.

30) Schütz, 91; Kaufmann, 340.

31) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 92; Ule/Rasch, 104 RN 218; ebenso Botschaft TG, 12. Zu den Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel vgl. Imboden/Rhinow II, 990.

IV. Die Voraussetzungen und die Durchführung

A. Die Voraussetzungen

Die einschlägigen Bestimmungen umschreiben die Voraussetzungen für die Kontrolle von Sachen sehr unterschiedlich. Art. 30 I SG PolG bestimmt, dass im Rahmen fahndungspolizeilicher Kontrollen Personen verpflichtet werden können, mitgeführte Behältnisse zu öffnen und den Inhalt vorzuzeigen. Die Durchsuchung dieser Behältnisse macht Abs. 2 vom Vorliegen eines dringenden Verdachts abhängig, dass sich darin Gegenstände befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.

§ 16 TG PolG statuiert lediglich, dass die Polizei angehaltene Personen im Rahmen fahndungspolizeilicher Massnahmen verpflichten kann, mitgeführte Sachen vorzuzeigen oder Behältnisse zu öffnen.

Art. 71bis I BE StPO ermächtigt die Polizei, im Interesse der Strafverfolgung Behältnisse und Fahrzeuge zu durchsuchen. Obwohl Art. 71bis I BE StPO und § 16 TG PolG die Voraussetzungen für die Durchsuchung nicht näher umschreiben, ist diese Massnahme generell nur statthaft, "wenn der dringende Verdacht besteht"(32) bzw. "wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen" (33), dass sich in den Behältnissen Gegenstände befinden, die der Beschlagnahme unterliegen (34). Art. 100bis LFG, welcher die rein präventiv motivierte Sachdurchsuchung auf den Schweizer Flughäfen gestattet, verlangt "Verdachtsgründe, dass ein Anschlag während des Fluges stattfinden könnte". Für die Bedeutung dieser Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 100bis LFG sei im übrigen auf die Ausführungen in § 10 IV E verwiesen.

32) Art. 30 II SG PolG.

33) § 18 I Ziff. 2 ME; § 26 I Ziff. 2 AE.

34) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 92.

Da der Zweck von Art. 30 SG PolG auf die Feststellung von Gegenständen beschränkt ist, die der Beschlagnahme unterliegen, wie z.B. Raubgut, Diebeswerkzeug usw., vermag diese Bestimmung nicht sämtliche Tatbestände der Sachdurchsuchung abzudecken (35). Insbesondere die Fahndung nach Personen, seien es Straftäter, seien es Opfer einer Entführung, ist aufgrund von Art. 30 II ausgeschlossen.

Den Bestimmungen von Art. 71bis I BE StPO und § 16 TG PolG kann eine derartige Einschränkung nicht entnommen werden, so dass sie als Ermächtigungsgrundlage für die Suche nach Personen in Frage kommen.

Die Vorschriften über die Hausdurchsuchung im Interesse der Strafverfolgung eignen sich als Rechtsgrundlagen für die Sachdurchsuchung als generelle polizeitypische Massnahme sehr schlecht, weil sie die Voraussetzungen für das selbständige Handeln der Polizei sehr eng umschreiben (36). Diese Bestimmungen kämen m.E. als Rechtsgrundlage für Grossverkehrskontrollen z.B., wo jedes Fahrzeug durchsucht wird, nicht in Betracht (37).

§ 340 ZH StPO und § 66 Ziff. 3 BS StPO, welche die sicherheitspolizeiliche Hausdurchsuchung zum Gegenstand haben, stellen ähnlich strenge Eingriffsvoraussetzungen wie die polizeiliche Generalklausel auf. So darf die Polizei nach § 66 Ziff. 3 BS StPO eine Hausdurchsuchung nur dann vornehmen, "wenn eine unmittelbare rechtswidrige Gefährdung von Personen oder Sachen es nötig macht". § 340 ZH StPO gestattet die Hausdurchsuchung zur Verhin-

35) Vgl. Botschaft SG, 15.

36) Vgl. BStP 67 I, 71; VStrR 19 III; ZH StPO 88 II, 89 I; BE StPO 78 I und III; BS StPO 25 III, 66 Ziff. 1; SG StPO 110; VD StPO 168 III, 212 I; VS StPO 96 Ziff. 2; Hauser, Lehrbuch, 179.

37) V.a. für solche Zwecke hat der St. Galler Gesetzgeber in Art. 30 PolG eine besondere Vorschrift geschaffen (Botschaft SG, 15).

derung strafbarer Handlungen nur ausnahmsweise (38). Auch diese beiden Bestimmungen eignen sich m.E. für die polizeiliche Fahndung nach Personen und Gegenständen nicht gut.

Wo besondere Vorschriften für die Sachdurchsuchung fehlen, darf die Polizei eine Sache durchsuchen, wenn die strengen Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel gegeben sind (39). Dies trifft insbesondere für die erste Variante der Sachdurchsuchung zu.

B. Durchführung

Die Sachdurchsuchung ist nach Art. 100bis IV LFG unter grösster Schonung des Privatgeheimnisses durchzuführen. Dieser allgemeingültige Grundsatz ist auch dann zu beachten, wenn sich das Gesetz über die einzelnen Durchführungsmodalitäten ausschweigt, wie das bei den in der Uebersicht angeführten Erlassen durchwegs der Fall ist.

§ 18 II ME und § 26 II AE räumen dem Betroffenen das Recht ein, anwesend zu sein. Ist der Besitzer oder Eigentümer abwesend, so soll ein Vertreter oder ein anderer Zeuge hinzugezogen werden. Dem Inhaber oder der statt dessen anwesenden Person ist überdies eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund zu erteilen.

Stützt man die Sachdurchsuchung wie im Kanton ZH und im Kanton BS auf die Bestimmungen über die Hausdurchsuchung ab, so stellt sich die Frage, ob dieselben Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften anwendbar sind wie bei der Haussuchung. M.E. kann es

38) Wenn § 340 ZH StPO die Hausdurchsuchung zur Verhinderung von Uebertretungen erlaubt, muss diese Massnahme a fortiori zur Verhütung von Verbrechen und Vergehen zulässig sein.

39) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 92; Ule/Rasch, 104 Rn 218; Imboden/Rhinow II, 990.

sich nur um eine sinngemässe analoge Anwendung handeln. So erscheint es beispielsweise verfassungsrechtlich nicht geboten, für die Durchsuchung einer Sache einen schriftlichen Durchsuchungsbefehl zu verlangen. Die Polizei muss im Rahmen fahndungspolizeilicher Massnahmen selbständig handeln können, ohne dass ein Untersuchungsrichter eingeschaltet werden muss (40).

- 40) Was nicht ausschliesst, dass man innerhalb der Polizei nur einen bestimmten Beamten dazu ermächtigt. Gemäss Art. 100bis I LFG ist die Anordnung von Durchsuchungsmassnahmen dem Kommandanten der für den betreffenden Flughafen zuständigen Polizei vorbehalten. Vogt, 86, verlangt, dass für die Sachdurchsuchung die gleichen Zuständigkeitsvorschriften gelten müssen wie für die Hausdurchsuchung.

§ 12 Das Betreten und Durchsuchen von Räumen

I. Begriffe

A. Der Begriff des Raumes

Der Begriff des Raumes umfasst die vom Hausrecht verfassungsrechtlich geschützten Räumlichkeiten (1). Dazu gehören nicht nur die eigentlichen Wohnräume, sondern auch etwa der Flur, der Keller und das ganze befriedete Besitztum mit Hof und Garten. Der Verfassungsbegriff des Raumes schliesst ferner bewohnte Campingwagen, Zelte, Hausboote, Hotelzimmer, Fabrikanlagen und Geschäftsräume ein (2).

Inwieweit auch jedermann zugängliche Räume des verfassungsrechtlichen Schutzes teilhaftig sind, ist eine Frage der Intensität des Eingriffes. Beschränkt sich die polizeiliche Massnahme in öffentlichen Räumen auf ein blosses Betreten, so kann von einem Eingriff in das Hausrecht nicht die Rede sein (3). Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn zur Abwendung einer Gefahr eine Durchsuchung notwendig wird (4). Im folgenden Abschnitt sollen Inhalt und Wesen dieser beiden Eingriffsarten kurz umschrieben werden (5).

1) Vgl. vorn § 4 II B.

2) Vgl. vorn § 4 II B; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 93.

3) Vgl. vorn § 4 II B.

4) Vgl. vorn § 4 II B.

5) Vgl. auch Steiner, 57.

B. Das Betreten und Durchsuchen

1. Das Betreten

Unter Betreten eines Raumes ist das Eintreten, Verweilen und Besichtigen zu verstehen. Das Betreten erschöpft sich typischerweise in einer Nach- und Umschau (6).

2. Das Durchsuchen

Das Durchsuchen besteht demgegenüber in einer ziel- und zweckgerichteten Suche nach Personen und Gegenständen, um diese aufzufinden und die Personen zu ergreifen oder die Sachen zu beschlagnahmen (7).

3. Die Bedeutung dieser Unterscheidung

Das Betreten oder Eindringen ist eine notwendige Vorstufe zu der viel einschneidenderen Durchsuchung. Die Befugnis zur Hausdurchsuchung erfasst daher sachnotwendig das Recht zum Betreten von Räumen. Bestehen gesetzliche Grundlagen für die sicherheitspolizeiliche Durchsuchung von Räumen, so ist in gleichem Umfange als in maiore minus auch das bloße Betreten oder Eindringen zulässig. Aus der gesetzlichen Ermächtigung zum Betreten von Wohnungen darf demgegenüber nicht auf die Befugnis zur Hausdurchsuchung geschlossen werden (8).

Da der öffentliche Charakter eines während der Oeffnungszeiten jedermann zugänglichen Raumes ein ungehindertes Betreten und ein mit dem Zweck des Besuches verbundenes Benützen gestattet, stellt

6) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 93/94.

7) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 93; ähnlich für das Strafprozessrecht Widmer, 295 f.

8) Kaufmann, 371; Heise/Riegel, 79; a.M. Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 97, für die Rechtslage in Niedersachsen.

das Betreten derartiger Räumlichkeiten durch die Polizei keinen Eingriff in das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung dar (9).

II. Der Zweck der sicherheitspolizeilichen Eingriffe in das Hausrecht

Es fällt schwer, den Zweck der sicherheitspolizeilichen Eingriffe in das Hausrecht anders als in der Form der Generalklausel zu umschreiben. Die einschlägigen Bestimmungen des Schweizer Polizei- und Strafprozessrechts präzisieren wenigstens teilweise das Massnahmenziel in der Weise, dass eine Hausdurchsuchung oder ein Betreten von Räumen nur zur Verhinderung von strafbaren Handlungen erfolgen darf (10). Gemäss Art. 22 I VD PolG und Art. 23 VS PolG steht der Polizei das Recht zum Einschreiten nur zu, wenn Verbrechen oder Vergehen (VS PolG 23) oder sonst schwere Störungen (VD PolG 22) verhindert werden müssen.

Als Beispiele für Situationen, in denen die Polizei aus sicherheitspolizeilichen Gründen in ein Haus eindringen muss, seien etwa der Fall des tobenden Ehemannes, der seine Frau bedroht (11), oder der des Geisteskranken, der versichert, den Nächsten, der sein Haus betritt, umzubringen (12), erwähnt. Zu denken ist aber auch an polizeiliche Notstände, wie Brände, Ueberschwemmungen und andere Elementarereignisse oder jene Fälle, in denen die Polizei um Hilfe gerufen wird (13).

9) AE, 94 f. N 5; vorn § 4 II B.

10) § 340 ZH StPO; § 2 I BE Ortspolizeidekret. § 66 Ziff. 3 BS StPO ist demgegenüber in der Form der Generalklausel abgefasst. Nach dieser Bestimmung ist eine Haussuchung dann zulässig, "wenn eine unmittelbare rechtswidrige Gefährdung von Personen oder Sachen es nötig macht".

11) Kaufmann, 365; Noll, Ueberwachung, 63.

12) Kaufmann, 365.

13) Steiner, 51.

§ 27 AE begründet die Eingriffe ebenfalls in allgemeiner Weise mit der Abwehr gegenwärtiger Gefahren. § 19 I (Ziff. 1 und 2) ME erwähnt zwei häufige Fälle besonders. Gemäss Ziff. 1 darf die Polizei eine Wohnung betreten und durchsuchen, wenn dies zum Auffinden einer Person erforderlich ist, die in polizeilichen Gewahrsam gesetzt oder vorgeführt werden darf, und gemäss Ziff. 2 sind diese Massnahmen zulässig, wenn sich in der fraglichen Wohnung Sachen befinden, die nach § 21 Ziff. 1 ME der Sicherstellung unterliegen. Der Beschlagnahmegrund ist indessen in § 21 Ziff. 1 ME wiederum nur sehr allgemein mit der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr umschrieben.

De lege ferenda ist zu prüfen, ob nicht in Analogie zur Sachdurchsuchung (14) nebst dem in § 19 I Ziff. 1 ME geregelten Fall auch noch der der Geiselnahme besonders zu regeln wäre.

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueerblick

	<u>Betreten</u>	<u>Durchsuchen</u>
Bund	--	--
ZH	StPO 340 I	StPO 340 I
BE	Ortspolizeidekret § 2 I	--
BS	StPO 64 II, 66 Ziff. 2, i.V.m. 25 III	66 Ziff. 3 i.V.m. 25 III
SG	--	--
VD	PolG 22 u. 23	--
VS	PolG 23 u. 24 I	--

14) § 18 I Ziff. 2 lit.b ME; § 26 I Ziff. 2 lit.b AE.

B. Erläuterungen

Die meisten kantonalen Verfassungen und Art. 8 EMRK, welche das Hausrecht ausdrücklich garantieren, schreiben auch vor, unter welchen formellen Voraussetzungen Eingriffe in dieses Grundrecht zulässig sind. Gemäss Art. 8 II EMRK sind Beschränkungen generell an den Gesetzesvorbehalt gebunden (15). BS KV 2 I, SG KV 30 II, VD KV 5 und VS KV 4 II bestimmen, dass Haussuchungen nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen erfolgen dürfen. Art. 76 II BE KV macht sogar jegliches Eindringen vom Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage abhängig, während Art. 8 II ZH KV lediglich bestimmt, dass es zur Hausdurchsuchung entweder der Einwilligung des Wohnungsinhabers oder der Ermächtigung durch einen zuständigen Beamten bedürfe. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist jedoch in der Formulierung "durch einen zuständigen Beamten" zu erblicken. Mangels gesetzlicher Grundlage ist deshalb die sicherheitspolizeiliche Hausdurchsuchung im Bund und in den Kantonen BE, SG, VD und VS nur noch aufgrund der polizeilichen Generalklausel zulässig. In den Kantonen ZH und BS bestehen demgegenüber ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen in formellen Gesetzen. § 340 ZH StPO regelt zwar nur die Hausdurchsuchung zur Verhinderung von Uebertretungen. Wenn aber dieser massive Eingriff zur Verhinderung von Uebertretungen zulässig ist, muss er a fortiori zur Verhinderung von Verbrechen und Vergehen gestattet sein.

Das Betreten ist in den Kantonen ZH, BS, VD und VS unproblematisch, da sich diese Massnahme in diesen Kantonen durchwegs auf Gesetze im formellen Sinne stützen kann. In den Kantonen ZH und BS ist das Recht zum Betreten von Räumen als in maiore minus

15) Guradze, 25 f. und 117; Schorn, 243/244; Partsch, 181. Zur Frage, ob Art. 8 II EMRK ein Gesetz im formellen Sinne verlangt, vgl. weiter hinten in diesem Abschnitt.

sachnotwendig in der Befugnis zur Hausdurchsuchung mitenthalten (16). Art. 22 I VD PolG und Art. 23 VS PolG sind demgegenüber spezielle Ermächtigungsnormen für das "Droit d'intervenir d'urgence dans un domicile" bzw. das "Recht zum Einschreiten" (17).

Wie verhält es sich aber mit der Frage der ausreichenden gesetzlichen Grundlage für das Betreten von Räumen in BE, wo diese Massnahme lediglich auf Dekretsstufe geregelt ist, und im Bund und im Kanton SG, wo spezielle Gesetzesbestimmungen völlig fehlen? Stellte man sich wie Guradze (18) und Schorn (19) auf den Standpunkt, dass für Einschränkungen des Hausrechts gemäss Art. 8 II EMRK ein formelles Gesetz erforderlich sei, so wäre das Betreten von Räumen mangels formeller gesetzlicher Grundlage im Bund und in den Kantonen SG und BE konventionswidrig. Partsch (20) vertritt demgegenüber die Auffassung, dass Art. 8 II EMRK neben den formellen Gesetzen auch sonstige in den nationalen Rechtsordnungen zugelassenen Rechtsquellen als Grundlage für Einschränkungen der in Art. 8 I EMRK gewährleisteten Rechte in Betracht kommen (21). Dem ist aus der Ueberlegung zuzustimmen, dass angesichts des englischen Textes "as in accordance with law" ein formelles Gesetz nicht erforderlich sein kann (22).

Noch ein anderes Argument spricht gegen die Ansichten von Guradze und Schorn. Wenn - wie Trechsel überzeugend nachweist (23) - Art. 5 I EMRK für die Begründung einer Freiheitsentziehung ein Gesetz im materiellen Sinne genügen lässt, kann die Konvention

16) Vgl. vorn I B 3.

17) Vgl. die Marginalien zu Art. 22 VD PolG und Art. 23 VS PolG.

18) Guradze, 26, 117.

19) Schorn, 244.

20) Partsch, 181 FN 602.

21) Junod, 65 ff., untersucht diese Frage nicht.

22) Partsch, 181 FN 602; Jacobs, 196/197.

23) Trechsel, EMRK, 190 f.

für die Schranken eines im Vergleich zur persönlichen Freiheit weniger hoch einzustufenden Grundrechtes nicht strengere formelle Voraussetzungen verlangen. Das Berner Ortspolizeidekret hält demnach insofern vor der Konvention stand, als nach schweizerischer Rechtsauffassung das Betreten von Räumen in den engen Grenzen der polizeilichen Generalklausel als zulässig erachtet wird (24). In diesem Sinne ist auch der Vorbehalt in Art. 76 II BE KV zu verstehen. De lege ferenda ist für das Betreten von Räumen überall, wo dies noch nicht der Fall ist, eine klare gesetzliche Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen.

Die Rechtslage in der BRD ist insofern nicht mit der in der Schweiz vergleichbar, als es in Deutschland angesichts der Verfassungsunmittelbarkeit von Art. 13 III GG keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung für das Betreten von Räumen bedarf (25).

In ähnlicher Weise wie in § 19 IV ME und § 28 IV AE ist das Betreten öffentlicher Räume in den Kantonen BS, VD und VS speziell geregelt. Art. 23 I VD PolG und Art. 24 I VS PolG gewähren der Polizei das Recht, "pour les besoins du service" (VD PolG 23 I) oder "im Interesse einer Untersuchung" (VS PolG 24 I) Räume zu betreten, welche der Öffentlichkeit zugänglich sind. In Anbetracht dessen, dass die Polizei gestützt auf Art. 23 VS PolG zur Abwehr einer Gefahr in private Wohnungen eindringen darf, muss ihr zu diesem Zweck auch der Zutritt zu öffentlichen Räumen gestattet sein, obwohl die Formulierung in Art. 24 I VS PolG "im Interesse einer Untersuchung" auf primär strafprozessuale Massnahmen ausgerichtet zu sein scheint.

- 24) Steiner, 71. Im Kanton SG ist demnach Art. 2 II SG PolG die Ermächtigungsgrundlage. Hans Huber, Schlussbericht Wahlen, 141, weist darauf hin, dass erst durch Uebernahme einer dem Art. 13 GG ähnlichen Bestimmung in unsere Verfassung ein formelles Gesetz erforderlich wäre.
- 25) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 94. Art. 13 III GG ist die eigentliche Ermächtigungsgrundlage (Guradze, 26). In bezug auf die von Art. 8 II EMRK verlangte Form der gesetzlichen Grundlage stellen sich deshalb in der BRD keine besonderen Probleme.

Aufgrund der §§ 64 II und 66 Ziff. 2 i.V.m. 25 III BS StPO ist die Polizei befugt, öffentliche Räume bzw. uneingefriedete Grundstücke zu betreten. Nach § 66 Ziff. 2 BS StPO ist sogar eine "Haussuchung" von öffentlichen Räumen ohne schriftlichen Befehl zulässig. Diese "Haussuchung" muss sich jedoch in einer einfachen Nach- und Umschau erschöpfen, weil § 66 Ziff. 2 BS StPO - wie auch § 64 II BS StPO - "die Eröffnung von Behältnissen und andere Massnahmen", also ein zielgerichtetes Suchen, nicht erlaubt; sie stellt somit ein blosses Betreten von Räumen dar (26).

Sicherheitspolizeiliche Bedeutung kommt natürlich auch jenen, in der Uebersicht nicht angeführten, Bestimmungen des Strafprozessrechts zu, die der Polizei gestatten, zur vorläufigen Festnahme eines auf frischer Tat ertappten Verbrechers ohne Ermächtigung des Untersuchungsrichters in ein Haus einzudringen (27). Dies trifft ebenso für die im Zusammenhang mit einer bestimmten Straftat anzuordnende Hausdurchsuchung zur Auffindung von Gegenständen im Sinne von Art. 58 StGB (28) zwecks Sicherstellung zu.

IV. Die Voraussetzungen

A. Materielle

1. Grundsatz

Wie gleich anhand der einschlägigen Vorschriften zu zeigen sein wird, sind Eingriffe in das Hausrecht nur zur Abwehr qualifizierter Gefahren gestattet (29).

26) Vgl. vorn I B 1; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 94.

27) Vgl. z.B. BE StPO 78 i.V.m. 72; SG StPO 110 i.V.m. 95.

28) Vgl. z.B. BE StPO 78 i.V.m. 171bis lit.b; SG StPO 110 i.V.m. 106 Ziff. 2.

29) Steiner, 51 u. 71; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 94.

Nach § 340 ZH StPO sollen Hausdurchsuchungen zur Verhinderung von Uebertretungen nur **a u s n a h m s w e i s e** vorgenommen werden dürfen. Daraus ist zu schliessen, dass Hausdurchsuchungen in der Regel nur zur Verhütung von Verbrechen und Vergehen zulässig sind. Das befürchtete Schadensereignis bzw. die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung muss demnach von einer gewissen Schwere sein. Vom gleichen Grundsatz geht § 66 Ziff. 3 BS StPO aus. Wegen einer Uebertretung darf die Polizei eine Haussuchung nur vornehmen, "wenn eine unmittelbare rechtswidrige Gefährdung von Personen und Sachen es nötig macht".

Im Kanton VD darf die Polizei aufgrund von Art. 22 I PolG nur dann in eine Wohnung eindringen, wenn anzunehmen ist, dass im Zeitpunkt des Einschreitens ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird oder sonst eine "désordre grave" eingetreten ist oder wenn die Polizei um Hilfe gerufen wird, um die Ordnung wiederherzustellen und den Störer zu ergreifen. Ähnlich lautet Art. 23 VS PolG: "Wenn aus ernststen Gründen anzunehmen ist, dass in einem Haus ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird, oder wenn man aus dem Innern des Hauses um Hilfe ruft, darf die Polizei in dasselbe eindringen, um die Ordnung wiederherzustellen."

Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ist das Betreten bzw. Eindringen nur verfassungsmässig, wenn eine schwere und unmittelbare Störung oder Gefährdung vorliegt (30).

§ 27 I AE verlangt für alle Fälle eine gegenwärtige und erhebliche Gefahr. Nach § 19 I Ziff. 1 und 2 ME darf eine Wohnung dann betreten und durchsucht werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich darin eine Person befindet, die in Gewahrsam genommen oder vorgeführt werden darf, oder dass sich darin Sachen

30) Art. 2 II SG PolG; Imboden/Rhinow II, 990.

befinden, die zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr im Sinne von § 21 Ziff. 1 ME beschlagnahmt werden dürfen. Diese Regelungen, welche den Zweck des Betretens und Durchsuchens präzisieren, sind unproblematisch (31).

2. Besonderheiten

a) Das Betreten öffentlicher Räume zur Durchführung einer Identitätsfeststellung

Das Betreten von öffentlichen Räumen stellt bekanntlich keinen Eingriff in das Hausrecht dar (32). Das Vorliegen einer konkreten Gefahr ist deshalb nicht zu fordern (33). Art. 23 I VD PolG und Art. 24 I VS PolG stellen jedoch klar, dass die Polizei öffentlich zugängliche Räume nur "pour les besoins du service" (VD PolG 23 I), bzw. "im Interesse einer Untersuchung" jederzeit betreten darf. Findet eine Razzia in einem jedermann offenstehenden Lokal statt, so hat die Polizei unter dem Gesichtspunkt des Hausrechts keine besonderen Schranken zu beachten, sofern damit nicht eine Hausdurchsuchung verbunden ist. Identitätsfeststellungen in Privaträumen sind demgegenüber nur unter den für das Betreten und Durchsuchen geltenden strengen Voraussetzungen zulässig (34).

b) Das Betreten und Durchsuchen von sog. "verrufenen" (35) Lokalen und Räumlichkeiten

Sachlich wohl kaum geboten und verfassungsrechtlich bedenklich ist die in § 19 III ME und § 27 III AE vorgenommene Ausklammerung von bestimmten Räumlichkeiten von den normalerweise gelten-

31) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 96.

32) AE, 94/95 N 5; vgl. auch vorn I B 3 mit weiteren Hinweisen in FN 9.

33) AE, 94/95 N 5.

34) AE, 94 N 4.

35) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 95.

den Voraussetzungen für das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen, weil der Begriff der "dringenden Gefahr" sich nicht eindeutig definieren lässt (36). Versteht man wie die Autoren des Alternativentwurfs unter der dringenden Gefahr eine konkrete Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut (37), so ist ein Eingriff bereits durch die allgemeinen Voraussetzungen gedeckt (38), weil sich die gegenwärtige erhebliche von der dringenden Gefahr sowohl begrifflich wie auch praktisch kaum auseinanderhalten lassen.

Will man aber die Schwelle für das polizeiliche Einschreiten vorverlegen, indem man an die dringende Gefahr weniger strenge Anforderungen stellt als an die gegenwärtige erhebliche, so könnte die Polizei in bestimmten, übel beleumdeten Hotels zu jeder Tages- und Nachtzeit beliebige Zimmer durchstreifen, weil schon eine sehr entfernte Möglichkeit einer Gefahr für die Rechtfertigung dieser Massnahme ausreichen würde. Damit würde man aber das Hausrecht in unerträglichem Masse preisgeben (39) und dieses Grundrecht in seinem Wesensgehalt verletzen.

c) Das Betreten und Durchsuchen von Räumen zur Nachtzeit

§ 19 II ME und § 27 II AE schränken die Befugnis der Polizei zum Betreten und Durchsuchen von Räumen während der Nachtzeit (40) auf die Fälle der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert ein. Die Bestimmungen des Schweizer Strafverfahrensrechts

36) Heise/Riegel, 78. Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 95, melden ebenfalls Bedenken an.

37) AE, 93 f. N 4.

38) Vgl. die Definition bei Ule/Rasch, 101 Rn 182.

39) AE, 94 N 4.

40) Gemäss § 27 II AE von 20-8 Uhr; gemäss § 19 II ME i.V.m. § 104 III DStPO vom 1. April - 30. Sept. von 21-4 Uhr, vom 1. Okt. - 31. März von 21-6 Uhr.

über die Hausdurchsuchung sehen ähnliche Kautelen vor, die auch im Polizeirecht zu beachten sind, zumal ja die Zürcher und die Basel-Städter Strafprozessordnungen auch die sicherheitspolizeiliche Hausdurchsuchung regeln.

Eine Hausdurchsuchung darf zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen gemäss § 91 ZH StPO nur bei dringender Gefahr im Verzug und nach Art. 49 III VStrR nur in wichtigen Fällen und bei dringender Gefahr stattfinden (41). Laut Art. 174 BE StPO müssen besondere Gründe vorliegen, damit die Polizei eine Haussuchung zwischen 20 Uhr und 6 Uhr durchführen darf. Aufgrund von § 67 I BS StPO ist ausserhalb der Tageszeit eine Haussuchung nur gestattet, wenn es sich um ein Verbrechen handelt und wenn Gefahr im Verzug liegt.

B. Formelle

Was die formellen Voraussetzungen, insbesondere das Erfordernis einer schriftlichen Ermächtigung, für einen Eingriff in das Hausrecht anbelangt, kann man vom Grundsatz ausgehen, dass die Polizei Massnahmen wie das Betreten und Durchsuchen nach pflichtgemäsem Ermessen selbständig vornehmen kann, wenn Gefahr im Verzug liegt (42). Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so ist hinsichtlich der formellen Erfordernisse zu differenzieren zwischen dem blossen Betreten einerseits und dem weitergehenden Eingriff des Durchsuchens andererseits.

Ausgehend von Art. 22 und 23 VD PolG und Art. 23 und 24 VS PolG ist beim Betreten zu unterscheiden zwischen öffentlichen und privaten Räumen.

41) BStP 67 III, VD StPO 215 I und VS StPO 96 Ziff. 4 enthalten die gleichen Schranken, jedoch nur für die Nachtzeit.

42) Weber, 28/29.

Nach Art. 23 I VD PolG und Art. 24 I VS PolG ist der Polizei das Betreten öffentlich zugänglicher Räume "en tout temps" (VD PolG 23 I) oder "zu jeder Zeit" (VS PolG 24 I) erlaubt.

Beim Betreten privater Räume sind gemäss Art. 23 II VD PolG die Bestimmungen der Strafprozessordnung und des Uebertretungsstrafverfahrensgesetzes zu beachten, während nach Art. 24 II VS PolG "in Betrieben, die dem Berufsgeheimnis unterstehen", das Betreten nur "mit Erlaubnis des Richters geschehen kann", ausgenommen bei Ertappen auf frischer Tat. Aus der Systematik der beiden Gesetze ergibt sich, dass für das "droit d'intervenir d'urgence dans un domicile" nach Art. 22 VD PolG und für das "Recht zum Einschreiten" im Sinne von Art. 23 VS PolG diese Vorbehalte nicht anwendbar sind. Daraus ergibt sich, dass die Polizei private Räume ohne Beachtung der strafprozessualen Formen betreten darf, wenn im übrigen die Voraussetzungen gemäss Art. 22 VD PolG oder Art. 23 VS PolG gegeben sind. Diese Feststellung gilt auch für Eingriffe gestützt auf die polizeiliche Generalklausel.

Ob für die Hausdurchsuchung ein schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich ist, braucht nur für die Kantone ZH und BS untersucht zu werden, weil für diese Massnahme einzig in diesen beiden Kantonen eine ausreichende gesetzliche Grundlage existiert.

Im Kanton BS ist für die sicherheitspolizeiliche Haussuchung gemäss § 66 Ziff. 3 BS StPO ein Haussuchungsbefehl nicht erforderlich, weil die Polizei diesen Eingriff nur bei Gefahr im Verzug vornehmen darf. Im Kanton ZH dagegen ist das Durchsuchen von Räumen nach § 340 ZH StPO auch zulässig, wenn keine Gefahr im Verzug liegt. Nach Art. 8 II ZH KV und aufgrund der einschlägigen Bestimmungen des Strafprozessrechts ist zur Anordnung einer Hausdurchsuchung ausschliesslich der Untersuchungsbeamte zuständig (42a). Nach § 88 I ZH StPO soll der Untersuchungsbeamte die Hauss-

durchsuchung sogar selbst vornehmen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sehen § 88 II ZH StPO und § 340 I ZH StPO vor, wonach der Untersuchungsrichter für "einfache Feststellungen" (ZH StPO 88 II) oder bei Aufklärung oder Verhinderung einer Uebertretung (ZH StPO 340 I) die Ausführung der Hausdurchsuchung einem Polizeiangeestellten delegieren kann (43).

Die Praxis hat sich jedoch über diese Kompetenzordnung hinweggesetzt und sogar die Anordnung von Hausdurchsuchungen den Polizeioffizieren überlassen (44). Dieses Vorgehen der Praxis wurde von Rieder (45) stark kritisiert und von Schütz (46) mit dem Argument verteidigt, dass die Polizeioffiziere gemäss § 56 ZH StPO auch zur Ausstellung von Haftbefehlen ermächtigt seien. Auch wenn man de lege lata der Ansicht von Schütz nicht folgen kann (47), wäre es de lege ferenda sachlich gerechtfertigt, die Polizeioffiziere zur Anordnung sicherheitspolizeilicher Hausdurchsuchungen gesetzlich zu ermächtigen. Nach § 20 I ME ist für die Anordnung der Durchsuchung, ausser bei Gefahr im Verzug, ausschliesslich der Richter zuständig. § 28 I AE dehnt den Richtervorbehalt sogar auf das blosses Betreten aus, was m.E. verfassungsrechtlich nicht geboten erscheint.

V. Die Durchführung

Der in den meisten Schweizer Strafprozessordnungen (48) verankerte Grundsatz, bei einer Hausdurchsuchung mit aller dem Bürger gebührenden Schonung vorzugehen, gilt selbstverständlich auch im Polizeirecht, und zwar für jede Art von Eingriffen in das Hausrecht. Des weiteren präzisieren die verschiedenen Verfahrensbe-

43) Rieder, 156; Aepli, 48.

44) Rieder, 156; Aepli, 48; Schütz, 71/72.

45) Rieder, 156 f.

46) Schütz, 71/72.

47) Rieder, 156 f.

stimmungen, dass bei einer Hausdurchsuchung der Inhaber oder Eigentümer der Wohnung, in seiner Abwesenheit sein Vertreter, ein Angehöriger, ein Verwandter, ein Hausgenosse oder eine Amtsperson anwesend sein müssen (49). Dem Betroffenen ist der Grund der Hausdurchsuchung bekanntzugeben (50), soweit dadurch nicht der Zweck der Massnahme vereitelt wird oder Gefahr im Verzug liegt (51). Regelmässig ist über die Durchsuchung ein Protokoll zu erstellen (52). Als im Rahmen einer Hausdurchsuchung notwendige Sicherungsmassregel sehen einzelne Strafprozessordnungen die Wegweisung oder sogar die Verhaftung von Personen vor, welche die Polizeiaktion stören (53). Im Rahmen von Razzien wird die Polizei diese Begleitmassnahme häufig anzuordnen haben (54).

- 48) ZH StPO 93; BE StPO 177; BS StPO 67 I; VD StPO 222 I; VS StPO 96 Ziff. 6. Für SG vgl. Fäh, 68/69.
- 49) BStP 68; VStrR 49 II; ZH StPO 95, 340 I; BE StPO 178; BS StPO 67 II; SG StPO 111 II; VD StPO 218; VS StPO 96 Ziff. 3.
- 50) ZH KV 8 II (SR 131.211); BE StPO 179; BS StPO 67 II; VD StPO 213 I.
- 51) § 28 III AE. Diese Einschränkung ist sachlich gerechtfertigt.
- 52) VStrR 49 IV; ZH DR 77; BE StPO 182; BS StPO 67 II; SG StPO 111 I; VD StPO 221. Das VS PolG verlangt sogar für das Einschreiten gemäss Art. 23 die Aufnahme eines Protokolls.
- 53) ZH StPO 94 II; BE StPO 180; VD StPO 219 I.
- 54) Vgl. vorn § 5 II C 1.

§ 13 Die Beschlagnahme

I. Begriff und Wesen

Unter Beschlagnahme ist die Aufhebung der tatsächlichen Herrschaft des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten über einen Gegenstand durch die Begründung polizeilicher Sachgewalt zu verstehen (1). Die Beschlagnahme führt nur zu einem vorübergehenden Verlust der Sachherrschaft (2). Als dauernde Beschränkungen greifen die Verwertung, Unbrauchbarmachung, Vernichtung und Einziehung, die sich als eigene Rechtsinstitute herausgebildet haben, viel stärker in die Rechtssphäre des Betroffenen ein (3). Sämtliche aufgezählten Massnahmen tangieren die Eigentumsfreiheit (4) und möglicherweise auch die persönliche Freiheit (5) und bedürfen - abgesehen von bestimmten Ausnahmen (6) - einer besonderen gesetzlichen Grundlage.

II. Terminologisches

Als synonyme Ausdruck für Beschlagnahme wird in dieser Arbeit auch der Begriff "Sicherstellung" verwendet. Da keine sachliche Notwendigkeit dazu besteht, zwischen Beschlagnahme und Sicherstellung inhaltlich zu unterscheiden, brauchen wir uns mit der unterschiedlichen Bedeutung dieser beiden Begriffe in einigen deutschen Polizeigesetzen (7) nicht auseinanderzusetzen.

- 1) Ähnlich Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 97/98; AE, 101 N 1; Rasch, 1; Schütz, 90/91.
- 2) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101; Hans Schultz, 307; Schütz, 90.
- 3) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101 f.; Schütz, 90 FN 1. Nach dem AE erfasst der Begriff der Beschlagnahme auch dauernde Beschränkungen privater Herrschaftsbefugnisse (AE, 101 N 1).
- 4) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 103; Schütz, 90/91. Vgl. auch vorn § 4 III.
- 5) Vgl. BGE 102 Ia 285 E.3, wo die Bestimmungen der Zürcher Polizeigefängnisverordnung über die Wegnahme der von Gefangenen mitgeführten Sachen auf ihre Vereinbarkeit mit der persönlichen Freiheit überprüft worden sind. Vgl. auch BGE 99 Ia 272 E.V Ziff. 1.
- 6) Näheres dazu hinten III B.
- 7) Vgl. dazu Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 98; AE, 101 f. N 2 u. 3.

III. Die Anwendungsfälle der polizeilichen Beschlagnahme

A. Die Beschlagnahme zur Abwehr einer Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung (8)

Dieser Beschlagnahmegrund orientiert sich am allgemeinen polizeilichen Auftrag und ist deshalb sehr generell umschrieben. Er greift immer dann Platz, wenn keiner der nachstehenden Tatbestände vorliegt. Wie weiter hinten zu zeigen sein wird, sind die Eingriffsvoraussetzungen noch zu präzisieren (9). An dieser Stelle soll es einstweilen genügen, zur Veranschaulichung dieses Beschlagnahmetatbestandes einige Beispiele zu nennen. Zu denken ist etwa an das Sicherstellen und Verwahren von Gegenständen, die dazu bestimmt sind, eine strafbare Handlung zu begehen (z.B. Diebstahlswerkzeuge) (10). Ferner ist an die Sicherstellung von schlechthin gefährlichen Sachen wie z.B. Waffen, Sprengmittel, Rauschgift usw. zu erinnern (11). Eine Reihe praktisch wichtiger Beispiele für polizeiliche Sicherstellungen liefert der Strassenverkehr. Auf diesem Gebiet lassen sich jedoch die meisten Massnahmen zur Gefahrenabwehr auf die spezialgesetzliche Bestimmung des Art. 54 I SVG abstützen. M.E. von dieser Norm nicht erfasst und deshalb nur mit dem allgemeinen Polizeirecht zu rechtfertigen (12) ist aber z.B. das Abschleppen verbotswidrig parkierter Fahrzeuge (13).

B. Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgehaltene Personen

Der Zweck der Sicherstellung von Gegenständen, die festgenommene Personen mit sich führen, besteht darin, in Gefängnissen Selbst-

8) § 21 Ziff. 1 ME; § 31 Ziff. 2 AE; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 98 f.

9) Vgl. hinten V A 1.

10) Vgl. z.B. ZH StVG 14; Hans Schultz, 319.

11) Hans Schultz, 319; AE, 103 N 10.

12) Zur subsidiären Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 54 ff.

13) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 63, 98; Heer, 105.

morde, Verletzungen anderer Anstaltsinsassen und Sachbeschädigungen zu verhindern sowie der Fluchtgefahr vorzubeugen (14). In Anbetracht dessen, dass sich dieser Beschlagnahmetatbestand mit dem ersten, unter A erwähnten, häufig überschneidet, erscheint eine besondere Regelung nicht unbedingt erforderlich (15).

C. Die Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers

Der Zweck dieser Sicherstellung besteht vorwiegend darin, dem oder den Berechtigten gestohlene oder verlorengegangene Gegenstände zurückzugeben (16). Bei dieser Beschlagnahme handelt es sich um einen Anwendungsfall polizeilichen Eingreifens zum Schutze privater Rechte (17). In der Praxis wird sich diese Beschlagnahme häufig mit der strafprozessualen Beschlagnahme zu Beweis Zwecken überschneiden, so dass als Rechtsgrundlage auch die einschlägigen Bestimmungen des Strafverfahrensrechts angerufen werden können, die jedoch in der nachstehenden Uebersicht nicht angeführt werden.

IV. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

A. Ueberblick

Bund	StGB 58, 58bis VStrR 46 II
ZH	StVG 14 BezGefVO 23 ff. PolGefVO 16 ff.

14) § 21 Ziff. 3 ME; § 31 Ziff. 3 AE; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 99.

15) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 99.

16) Vogt, 81; Rasch, 3; AE, 101 ff. N2 und 7.

17) Heise/Riegel, 83.

BE	StPO 67 II, 71bis I, 77 EG StGB 13a Ortspolizeidekret 2 I BezGefVO 6
BS	UeStG 12 i.V.m. 32 II, 36 II, 40 III, 67 StPO 56 II, 61 III
SG	EG StGB 44 III StPO 97 I, 106 I Ziff. 3, 107 I
VD	StPO 63
VS	--

B. Erläuterungen

1. Die gesetzlichen Grundlagen für den ersten Tatbestand

Als Ermächtigungsgrundlage für eine polizeiliche Sicherstellung, wie sie im Abschnitt III A kurz beschrieben worden ist, kommen von den in der Uebersicht angeführten Bestimmungen die folgenden in Frage: VStrR 46 II, StGB 58, 58bis, ZH StVG 14, BE EG StGB 13a, Ortspolizeidekret 2 I, BS UeStG 12, SG EG StGB 44. Die Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmungen in präventivpolizeilicher Hinsicht ist derart verschieden, dass es unumgänglich ist, sie weitgehend einzeln zu kommentieren.

Aufgrund von Art. 46 II VStrR i.V.m. Art. 19 III VStrR kann die Polizei Gegenstände beschlagnahmen, wenn dies zur Verhinderung neuer Widerhandlungen erforderlich erscheint. Der Wortlaut ist insofern eindeutig, als eine reine Präventivbeschlagnahme im Sinne von § 21 Ziff. 1 ME oder § 31 Ziff. 2 AE ausgeschlossen ist. Hat sich der Betreffende noch nie strafbar gemacht und hat die fragliche Verhaltensweise die Schwelle des strafbaren Versuchs noch nicht erreicht, so sind der Polizei die Hände gebunden, auch wenn mit der Ausführung der Straftat mit grosser Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist (18). Die Voraussetzungen für die Be-

18) Antognazza, 65; Fäh, 58; SGVP 1957 Nr. 39, S. 81/82.

schlagnahme gemäss Art. 46 II VStrR sind somit die gleichen wie bei der strafprozessualen Fortsetzungshaft, die im Unterschied zum polizeilichen Gewahrsam stets an eine bereits begangene Straftat anknüpft (19).

Anders als im Bund ist die Rechtslage in den Kantonen ZH, BE und BS. Nach § 14 ZH StVG und Art. 13a BE EG StGB, die beinahe gleich lauten, ist das Aufbewahren von Werkzeugen und Gegenständen, die zur Ausführung eines Verbrechens bestimmt sind, als Uebertretung strafbar. Beide Bestimmungen sehen die Einziehung der Waffen und Werkzeuge vor. Zur Rechtfertigung der Sicherstellung, welche die richterliche Einziehung überhaupt erst ermöglicht, kann sich die Polizei auf die strafprozessuale Beweismittelbeschlagnahme berufen (20), weil bereits das Aufbewahren als Vorbereitungshandlung - wenn auch nur als Uebertretung - strafbar ist und somit die Sicherstellung der fraglichen Objekte der Strafverfolgung dient, obwohl natürlich der Präventivgedanke im Vordergrund steht (21).

Die gesetzgeberische Lösung der sicherheitspolizeilichen Beschlagnahme in den Kantonen ZH und BE ist ein typisches Beispiel dafür, wie durch die Schaffung von Gefahrenstraftatbeständen der Anwendungsbereich der strafprozessualen Zwangsmittel auf das Gebiet der Gefahrenabwehr ausgedehnt wird (22). Bei diesem Vorgehen erscheint es überflüssig, der Polizei für die Erfüllung ihrer präventiven Aufgabe spezielle Befugnisse einzuräumen. Wie aber sogleich noch zu zeigen sein wird, haftet dieser Lösung der Nachteil an, dass sie lückenhaft und unvollständig ist.

19) Vgl. vorn § 9 VI A 2.

20) ZH StPO 96 i.V.m. 97; BE StPO 71bis I, 77 I.

21) Hans Schultz, 311.

22) Vgl. zu diesem Problem Kaufmann, 396 f.

Im Kanton BS hat der Gesetzgeber einen ähnlichen Weg eingeschlagen. Das Uebertretungsstrafgesetz im Kanton BS stellt gewisse Verhaltensweisen, die für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine Gefahr darstellen, unter Strafe und sieht in den einschlägigen Bestimmungen wie § 14 ZH StVG und Art. 15a BE EG StGB die Einziehung der gefährlichen Gegenstände vor. So macht sich z.B. gemäss § 40 II BS UeStG strafbar, wer an öffentlichen Versammlungen und Demonstrationen Waffen sowie Gegenstände, die geeignet sind, Menschen zu gefährden oder Sachen zu beschädigen, mit sich führt (23). Gemäss § 40 III BS UeStG können Waffen und Gegenstände eingezogen werden. Um dies zu ermöglichen, ist die Polizei durch § 12 UeStG ermächtigt worden, eine vorläufige Beschlagnahme anzuordnen, ohne dass an Personen oder Sachen ein Schaden entstanden sein muss. Der Präventivgedanke steht also auch hier im Vordergrund.

Im Kanton SG hingegen ist eine Bestrafung wegen Aufbewahrens von Diebeswerkzeugen und die Einziehung der fraglichen Objekte gemäss Art. 44 SG EG StGB nur zulässig, wenn der Betreffende bereits einmal wegen Diebstahls, Raubes oder Hehlerei rechtskräftig verurteilt worden ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so muss die Polizei mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage warten, bis der Verdächtige mindestens einen strafbaren Versuch unternommen hat (24), um dann zur Beweismittelbeschlagnahme nach Art. 106 Ziff. 1 SG StPO schreiten zu können.

Soweit überblickbar, bestehen in den Kantonen VD und VS keine mit den eben erwähnten vergleichbaren Bestimmungen. Auch ist die

23) Des weiteren sieht das BS UeStG beispielsweise Sanktionen für das vorschriftswidrige Herstellen von und das Handeln mit Arzneien (§ 67), das Halten gefährlicher Tiere (§ 87) und das unberechtigte Waffentragen und Lagern von Munition und Sprengmitteln (§ 92) vor, um nur einige Tatbestände zu nennen.

24) Hans Schultz, 311.

sicherheitspolizeiliche Beschlagnahme nicht in den Polizeigesetzen geregelt. Mangels gesetzlicher Grundlage ist die präventiv-polizeiliche Sicherstellung im Sinne von § 21 Ziff. 1 ME in den Kantonen VD und VS nicht zulässig (25).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass weder im Bund noch in den in dieser Arbeit berücksichtigten Kantonen eine mit den §§ 21 Ziff. 1 ME oder 31 Ziff. 2 AE vergleichbare Regelung der sicherheitspolizeilichen Beschlagnahme besteht. In verschiedener Hinsicht sind die schweizerischen Bestimmungen, die oben erläutert worden sind, lückenhaft und ungenügend, indem entweder ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem sicherzustellenden Gegenstand und einer bestimmten Straftat erforderlich ist (26), oder weil nur bestimmte Gegenstände der Beschlagnahme unterliegen (27) oder indem die Sicherstellung, wie z.B. nach Art. 44 SG EG StGB nur bei rechtskräftig Verurteilten in Betracht kommt.

Ob § 2 I des Berner Ortspolizeidekretes, welcher die Polizei ermächtigt, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen fremdes Eigentum zu beschlagnahmen, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt, muss aus den bereits in früherem Zusammenhange (28) dargelegten Gründen bezweifelt werden. Mangels gesetzlicher Grundlage kommt als Rechtsgrundlage nur noch die polizeiliche Generalklausel in Betracht (29).

- 25) Antognazza, 65; Fäh, 58; SGVP 1957 Nr. 39, S. 81/82. In Spezialgesetzen ist sie dagegen vielfach vorgesehen. Vgl. z.B. Loi du 13 novembre 1963 sur le commerce des armes, munitions et explosifs, et sur le port et la détention d'armes des Kantons VD Art. 27-29.
- 26) VStrR 46 II.
- 27) § 14 ZH StVG und Art. 13a BE EGStGB erfassen wohl einen bedeutenden Teil gefährlicher Gegenstände, vermögen aber nicht alle sicherheitspolizeilichen Fälle abzudecken.
- 28) Vgl. vorn § 9 III B.
- 29) So Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 99.

2. Die gesetzlichen Grundlagen für den zweiten Tatbestand (50)

Sedes materiae für die Sicherstellung von Gegenständen, um eine missbräuchliche Verwendung durch festgehaltene Personen zu verhindern, sind ZH BezGefVO 23, ZH PolGefVO 16, BE Bez GefVO 6, BS StPO 56 II und 61 III, SG StPO 97 I und VD StPO 63. Schon im Kapitel über die Personendurchsuchung ist darauf hingewiesen worden, dass diese Bestimmungen nicht sämtliche Fälle der polizeilichen Freiheitsentziehungen erfassen und dass man aus diesem Grund - wo nötig - auf die Polizeigeneralklausel zurückgreifen müsse (31). Voraussetzung ist allerdings, dass die Beschlagnahme eine zur Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung notwendige Massnahme darstellt und mit dem Zweck der Freiheitsentziehung vereinbar ist (32).

3. Die gesetzliche Regelung des dritten Tatbestandes

Die Beschlagnahme eigens zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers vor Verlust ist mit dieser umfassenden Zweckbestimmung nirgends verankert. Art. 67 II und 77 I BE StPO und Art. 106 I Ziff. 3 SG StPO sehen ausdrücklich die Beschlagnahme zur Restitution vor (33) und decken damit den grössten Teil der Fälle dieses dritten Beschlagnahmetatbestandes ab. Im Bund und in den übrigen Kantonen, wo ähnliche Bestimmungen fehlen, muss im Interesse der Durchsetzung des materiellen Rechts, welches in Art. 58 f. StGB die Einziehung zur Restitution durch den Richter vorsieht, die Lücke durch eine stangemässe Anwendung der Normen über die Beweismittelbeschlagnahme geschlossen werden (34). Das

30) Vgl. vorn III B.

31) Vgl. vorn § 10 III B 2.

32) Vgl. vorn § 10 III B 2.

33) Fäh, 58; Rasch, 3.

34) Hauser, Lehrbuch, 176; BGE 74 IV 215.

Fehlen einer speziellen Ermächtigung hindert die Polizei nicht daran, zum Schutze privater Rechte einzugreifen, wenn sie sich dabei an die hiefür geltenden strengen Grundsätze hält (35).

V. Die Voraussetzungen für die Beschlagnahme

A. Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Abwehr einer Gefahr und zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgenommene Personen

1. Die Beschlagnahme zur Abwehr einer Gefahr

Die gesetzliche Umschreibung dieses Beschlagnahmetatbestandes ist dahingehend zu präzisieren, dass die Gefahr von der Sache als solcher oder ihrem Gebrauch durch den Inhaber der tatsächlichen Gewalt ausgehen muss (36), damit eine Sicherstellung derselben gerechtfertigt werden kann. Der Beschlagnahme unterliegen somit nur schlechthin gefährliche Sachen, wie z.B. Waffen, Munition, Sprengmittel, Rauschgift usw. (37), oder solche Objekte, die an sich ungefährlich sind, bei denen sich aber die Gefahr aus der zu erwartenden Verwendungsart ergibt (38). Die Sicherstellung gefahrenneutraler Sachen ist demnach verboten. So darf die Polizei z.B. das Fahrzeug desjenigen, von dem sie annimmt, dass er sich zu einer unfriedlichen Demonstration begeben will, nicht sicherstellen, obwohl die Beschlagnahme ein geeignetes Mittel wäre, eine mögliche Gefahr zu bekämpfen (39).

Unnötig erscheint indessen, das Eingreifen der Polizei auf die Fälle des polizeilichen Notstandes zu beschränken, wie dies Drews/

35) Bobst, 293 f; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 123 f.

36) Hans Schultz, 319 f.; AE, 103 f. N 11; § 31 Ziff. 2 AE.

37) Hans Schultz, 319 mit weiteren Hinweisen.

38) Hans Schultz, 320 mit weiteren Hinweisen.

39) AE, 103 N 8 und 9.

Wacke/Vogel/Martens (40) vorschlagen, oder für die Sicherstellung das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr zu fordern, wie dies in § 21 Ziff. 1 ME vorgesehen ist (41). Denn für die Beschlagnahme an sich gefährlicher Sachen sollte eine im Einzelfall bestehende Gefahr genügen (42). Das Gleiche gilt für die Beschlagnahme eines Gegenstandes, dessen Gefährlichkeit sich erst aus der beabsichtigten Verwendung ergibt. So darf die Polizei einem Angetrunkenen, der in einem Bahnhofgebäude mit einem Messer "spielt", dieses wegnehmen und verwahren, ohne dass eine gegenwärtige oder unmittelbare Gefahr vorzuliegen braucht (43).

2. Die Beschlagnahme von Gegenständen zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung durch festgenommene Personen

Zur Frage, welche Gegenstände festgenommenen Personen weggenommen und beschlagnahmt werden dürfen, hat das Bundesgericht in BGE 102 Ia 285 E.3 ausführlich Stellung genommen. In diesem Fall hatte das Bundesgericht die Zürcher Polizeigefängnisverordnung auf ihre Vereinbarkeit mit der persönlichen Freiheit zu überprüfen, wobei es feststellte, dass festgenommene Personen entgegen einer früheren Praxis (44) nicht nur Kleider, Leibwäsche und Toilettenartikel in die Zelle mitnehmen dürften, sondern auch - unter Vorbehalt der Suizidgefahr - weitere persönliche Gegenstände, die einen hohen Affektionswert besitzen oder der Selbstbeschäftigung dienen (45). Allerdings muss das Vorhandensein solcher Gegenstände mit dem Erfordernis einer übersichtlichen und leicht kontrollierbaren Zellenordnung vereinbar sein und darf dem Zweck der Freiheitsentziehung nicht zuwiderlaufen (46).

40) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 98.

41) AE, 103 N 10.

42) AE, 103 N 10.

43) Dieser Sachverhalt lag einem in der Presse dargestellten Gerichtsfall zugrunde (NZZ vom 11. April 1979, Nr. 85, S. 49).

44) So ausdrücklich BGE 102 Ia 287.

45) BGE 102 Ia 287.

46) BGE 102 Ia 287/288.

Der von den Autoren des Alternativentwurfes vorgetragenen Kritik an der Fassung von § 21 Ziff. 3 ME ist deshalb vom Standpunkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus zuzustimmen. Eine gesetzliche Bestimmung wie § 21 Ziff. 3 ME, aufgrund derer die Polizei die persönlichen Gegenstände einer festgehaltenen Person beschlagnahmen könnte, ohne dass im Einzelfall eine konkrete Gefahr vorliegen müsste, geht zu weit und könnte auch die Praxis totalitärer Staaten decken (47). Dem Betroffenen darf nicht alles, was verwendet werden kann (48), um einen Selbstmord zu begehen oder eine Flucht zu ermöglichen, abgenommen werden, wenn im konkreten Fall keine Suizid- oder Fluchtgefahr gegeben ist.

B. Die Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers vor Verlust oder Beschädigung

Die Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers ist ein Anwendungsfall des polizeilichen Schutzes privater Rechte. Dabei hat sich die Polizei an folgende Voraussetzungen zu halten:

Grundsätzlich obliegt die Gewährleistung der Privatrechtsordnung primär den Zivilgerichten und den Betreibungsämtern (49). Die Polizei ist nur in besonderen Ausnahmefällen befugt, zum Schutze privater Rechte einzugreifen. Ein solcher Ausnahmefall liegt dann vor, wenn der Private, der die Polizei um Hilfe ersucht, den Anspruch hinreichend glaubhaft macht, der Schutz durch die zur Entscheidung des streitigen Anspruches zuständige Behörde nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts voraussichtlich vereitelt oder wesentlich erschwert wird (50). In jedem Fall hat sich die

47) AE, 104 N 12 und 13.

48) So aber der Wortlaut von § 21 Ziff. 3 ME.

49) Bobst, 293; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 123; Kaufmann, 392.

50) Bobst, 293 f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 123; Kaufmann, 392; vgl. auch § 1 II ME und § 3 III AE.

Polizei auf vorläufige, zur Sicherung der gefährdeten Rechte unbedingt notwendige Massnahmen zu beschränken. Sie ist niemals zur endgültigen Rechtsverwirklichung ermächtigt (51). Wie Bobst (52) und Kaufmann (53) richtigerweise bemerken, darf die Polizei erst dann einschreiten, wenn auch die Selbsthilfe nicht mehr möglich ist.

Diese Voraussetzungen sind bei der polizeilichen Sicherstellung von entfremdetem Gut gemäss Art. 67 II und Art. 77 I BE StPO und Art. 107 i.V.m. Art. 106 Ziff. 3 SG StPO stets erfüllt. Als weitere Fälle erlaubten polizeilichen Handelns zum Schutze privater Rechte nennt Bobst polizeiliche Vorkehren gegen das vertragswidrige Benützen eines Fahrzeuges durch den Automieter oder Massnahmen gegen das heimliche Fortschaffen von Gegenständen, an denen der Vermieter gemäss Art. 274 OR ein Retentionsrecht hat (54). In beiden Fällen kommt die Beschlagnahme als geeignete Massnahme in Betracht, um die Rechte des Vermieters zu schützen.

VI. Durchführung der Beschlagnahme (55)

Die Durchführungsmodalitäten der polizeilichen Beschlagnahme sind die gleichen wie im Strafprozessrecht. Die Beschlagnahme erfolgt regelmässig durch Wegnahme und amtliche Aufbewahrung der Sache (56). Diesem Akt geht in der Regel eine schriftliche Anordnung voraus (57), wobei die Gründe der Zwangsmassnahme (58) und die sicherzustellenden Gegenstände zu bezeichnen sind (59).

51) Bobst, 294; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 124.

52) Bobst, 294.

53) Kaufmann, 392.

54) Bobst, 293/294.

55) Vgl. dazu § 22 ME und § 32 AE.

56) Statt vieler, Hauser, Lehrbuch, 177.

57) Vgl. z.B. BE StPO 169 II; BS StPO 69 I; VD StPO 223 III.

58) Vgl. z.B. BS StPO 69 I; SG StPO 108 I.

59) Vgl. zum Ganzen Hauser, Lehrbuch, 177.

Von den in Verwahrung genommenen Sachen ist ein genaues Verzeichnis anzulegen (60).

Die Polizei hat die beschlagnahmten Gegenstände sorgfältig aufzubewahren (61) und nach Möglichkeit Wertverminderungen vorzubeugen (62). Erscheint die Verwahrung bei der Polizei unzweckmässig oder lässt die Beschaffenheit der Sache die amtliche Verwahrung nicht zu, so kann die Verwahrung einem Dritten übertragen werden (63).

VII. Aufhebung der Beschlagnahme und mögliche Folgemassnahmen

A. Aufhebung der Beschlagnahme

Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist die Pflicht der Polizei, die Beschlagnahme aufzuheben und die sichergestellten Gegenstände herauszugeben, sobald der Grund der Beschlagnahme dahingefallen bzw. der Zweck der Massnahme erreicht ist (64). Die verwahrten Sachen sind demjenigen zurückzugeben, bei dem sie sichergestellt worden sind (65). Im Falle einer Beschlagnahme zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers erfolgt die Rückgabe an denjenigen, der sich über seine Berechtigung ausweist (66). Wie zu verfahren ist, wenn mehrere Personen Anspruch auf einen zurückzugebenden Gegenstand erheben, regelt z.B. Art. 109 SG StPO so, dass den Betreffenden eine Frist zur zivilrechtlichen Klage angesetzt wird (67). Dieses Vorgehen dürfte auch

60) Vgl. ZH StPO 98; BE StPO 77 II; VD StPO 226.

61) Vgl. ZH StPO 98.

62) So ausdrücklich § 22 III ME und § 32 IV AE.

63) § 22 I ME; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 100.

64) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 100; Kaufmann, 403; Rasch, 49; vgl. auch ZH StPO 105 II; BS StPO 70 II; ME 24 I; AE 34 I.

65) § 24 I ME; § 34 I AE.

66) Aehnlich SG StPO 109 I; ME 24 I; AE 34 I.

67) Vgl. auch § 70 III BS StPO.

angezeigt sein, wenn die Berechtigung eines Ansprechers sonst zweifelhaft erscheint. Bei unbenütztem Ablauf dieser Frist entscheidet gemäss Art. 109 II SG StPO der Untersuchungsrichter.

Des weiteren gilt bei der Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände der Grundsatz, dass die Aufwendungen und Kosten für die Aufbewahrung, sonstige Sicherung und allfällige Verwertung (68) im Falle der Beschlagnahme zur Abwehr einer Gefahr oder zum Schutze des Eigentümers oder rechtmässigen Besitzers vom Störer zu bezahlen sind (69). Soweit dieser zum Ersatz verpflichtet ist, darf die Herausgabe von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden (70). Diese Kostenersatzpflicht ist ein Ausfluss des Störerprinzips (71). Soweit überblickbar, sind die Rückgabemodalitäten im Polizei- und Strafprozessrecht des Bundes und der Kantone, die in dieser Arbeit berücksichtigt werden, nur spärlich geregelt (72). Der Kanton SG bildet eine Ausnahme (73).

B. Sicherheitspolizeiliche Massnahmen im Anschluss an die Beschlagnahme

1. Das Problem

Die Beschlagnahme stellt im Polizei- wie im Strafprozessrecht eine nur vorläufige Massnahme dar, die nur zu einem vorübergehenden Verlust der Sachherrschaft führt (74). Gefahren und Störungen,

68) Vgl. dazu hinten B 2 b.

69) § 24 III ME; § 34 III AE. Die Kosten dem Polizeipflichtigen auch im Falle der Beschlagnahme zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung während des Freiheitsentzuges aufzuerlegen, ist nicht gerechtfertigt (AE, 109 N 3).

70) § 24 III ME; § 34 III AE.

71) Vgl. den Hinweis in § 24 III ME und § 34 III AE auf die Bestimmungen über den Verhaltens- und Zustandsstörer (§§ 4 u. 5 ME; §§ 6 u. 7 AE).

72) Vgl. aber AR StPO 119; ME 24 I; AE 34 I.

73) Ebenso BS StPO 70.

74) Vgl. vorn I.

die über längere Zeit oder sogar dauernd bestehen, kann die Polizei mit einer vorübergehenden Wegnahme nicht wirksam begegnen. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Massnahmen sich anbieten, wenn die Beschlagnahmegründe fortbestehen. Die Auseinandersetzung mit diesem Problem ist Gegenstand des nun folgenden Abschnittes.

2. Die verschiedenen Massnahmen

a) Allgemeines

Das deutsche Polizeirecht kennt vier verschiedene Rechtsinstitute mit dem gleichen Zweck wie die Beschlagnahme. Es handelt sich um die Verwertung, Unbrauchbarmachung, Vernichtung und Einziehung (75). Der Unterschied zwischen diesen vier Eingriffen und der Beschlagnahme besteht darin, dass jene im Gegensatz zu dieser eine endgültige materiellrechtliche Wirkung haben. Sie führen zu einem dauernden Verlust der in die hoheitliche Gewalt des Staates gelangten Sachen (76) und sind damit unwiderruflich (77).

In der Schweiz finden sich die einschlägigen Bestimmungen über die Einziehung, Verwertung, Unbrauchbarmachung und Vernichtung nicht in den Polizeigesetzen, sondern in Art. 58 ff. StGB (78). Anders als in Deutschland (79) fehlen im Bund und in den in dieser Arbeit berücksichtigten Kantonen, soweit überblickbar, gesetzliche Grundlagen wie z.B. § 33 AE, die eine Einziehung oder Vernichtung von gefährlichen Gegenständen ohne das Erfordernis

75) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101 ff.; Kaufmann, 402 ff.; § 23 ME; § 33 AE.

76) Hans Schultz, 306/307, 309; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101 f.

77) Kaufmann, 406.

78) Hans Schultz, 305 ff.

79) Vgl. die bei Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 100 ff. angeführten deutschen Polizeigesetze und insbesondere § 23 ME und § 33 AE.

einer bereits begangenen Straftat (80) gestatten würden.

b) Die Grundzüge der Regelung in Art. 58 ff. StGB

Präventivpolizeilich von Interesse ist lediglich Art. 58 StGB, weshalb wir uns auf die Analyse dieser Bestimmung beschränken wollen. Art. 58 StGB sieht vor, dass der Richter Gegenstände und Vermögenswerte, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sind, an oder mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde oder die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt waren, einziehen und gemäss Art. 58 III StGB nötigenfalls unbrauchbar machen oder vernichten kann, soweit die Einziehung gemäss Art. 58 I lit.a StGB zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes als geboten erscheint, oder wenn die Gegenstände gemäss Art. 58 I lit.b StGB die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden. Die Verwertung, d.h. die Veräusserung von Gegenständen an eine Person, gegenüber der die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme nicht besteht, ist zwar nirgends ausdrücklich vorgesehen, aber dennoch zulässig, weil in Art. 58 bis II StGB von einem allfälligen Verwertungserlös die Rede ist (81).

Art. 58 I StGB hat gegenüber den deutschen Polizeigesetzen insofern einen beschränkteren Anwendungsbereich, als der Richter nur dann eine der genannten Massnahmen anordnen darf, wenn zwischen dem sicherzustellenden Gegenstand und einer bestimmten Straftat ein unmittelbarer Zusammenhang besteht (82). Diese Regelung setzt mindestens die Verübung eines strafbaren Versuchs oder die Erfüllung eines Gefährdungsstraftatbestandes, wonach beispielsweise das Aufbewahren von Verbrecherwerkzeugen strafbar ist (83),

80) Vgl. zu diesem Erfordernis der Einziehung gemäss Art. 58 StGB Hans Schultz, 311, 320 ff.

81) Hans Schultz, 329.

82) Hans Schultz, 311, 320 f.

83) Vgl. z.B. Art. 13a BE EGStGB.

voraus. Um die Einziehung gemäss Art. 58 StGB auf jeden Fall vor dem schädigenden Ereignis zu ermöglichen, müsste der Gesetzgeber in noch viel grösserem Umfange als in den Kantonen ZH, BE, BS und SG Vorbereitungshandlungen unter Strafe stellen. Auf diese Weise kann er aber der präventiven Polizei nicht überall die Arbeit abnehmen, weil dies zu einer uferlosen Pönalisierung führen würde.

De lege ferenda sind gesetzliche Bestimmungen zu postulieren, welche die sicherheitspolizeiliche Beschlagnahme und die Folgeeingriffe unabhängig von einer bereits begangenen Straftat gestatten (84). Solange dieses Postulat nicht verwirklicht ist, bleibt der Befugniskatalog der Polizei lückenhaft. Denn derart schwerwiegende Eingriffe wie die Sicherstellung, Verwertung, Unbrauchbarmachung, Vernichtung und Einziehung sind ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage unzulässig (85), zumal der Betroffene die letzten drei Massnahmen entschädigungslos hinnehmen muss (86), weil bei Vorliegen eines polizeilichen Zweckes die Entschädigungspflicht des Gemeinwesens nicht eintritt (87). Bei der Verwertung erhält der Betroffene immerhin den Verwertungserlös (88).

Ein Beispiel soll das Ungenügen der heutigen Rechtslage veranschaulichen. Im Kanton BE ist die Einziehung von bissigen Hunden gemäss Art. 58 StGB möglich, weil die Gefährdung durch Tiere nach Art. 19 BE EG StGB strafbar ist (89). Im Kanton ZH fehlt dagegen ein entsprechender Uebertretungsstraftatbestand. Eine Massnahme im Sinne von Art. 58 StGB kommt nicht in Betracht, weil es an

84) Kaufmann, 403/404.

85) Antognazza, 65; Fäh, 58; SGVP 1957 Nr. 39, S. 81/82; Kaufmann, 405 ff. Diese Auffassung liegt auch den Ausführungen von Hans Schultz, 328 f., zugrunde.

86) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 103.

87) Imboden/Rhinow II, 958.

88) Hans Schultz, 329; Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101; Kaufmann, 407; § 24 III ME; § 34 III AE.

89) ZBJV 107 (1971) 278 f.

der Voraussetzung des unmittelbaren Zusammenhanges zwischen dem zu beschlagnehmenden bzw. einzuziehenden Gegenstand und einer bestimmten Straftat mangelt. Im Kanton ZH muss die Polizei der durch einen bissigen Hund verursachten Gefahr auf andere Weise als durch Einziehung und Tötung entgegentreten.

Art. 58 StGB umschreibt die Voraussetzungen für die Anordnung der Verwertung, Unbrauchbarmachung und Vernichtung nicht. Der Richter hat demnach im Einzelfalle nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (90) zu entscheiden, welche Massnahme zu treffen ist. Die deutschen Polizeigesetze zählen dagegen die für die Anordnung der Folgemaassnahmen geltenden Voraussetzungen ausdrücklich auf. Gemäss § 33 I AE darf eine beschlagnahmte Sache dann verwertet werden, wenn der Verderb oder eine erhebliche Wertverminderung droht (91), ihre Verwahrung, Pflege oder Erhaltung mit unverhältnismässig hohen Kosten oder Schwierigkeiten verbunden ist (92), sie infolge Beschaffenheit nicht so verwahrt werden kann, dass weitere Gefahren ausgeschlossen sind (93), sie nach einer Frist von einem Jahr nicht an den Berechtigten herausgegeben werden kann, ohne dass die Voraussetzungen der Beschlagnahme erneut eintreten würden (94), oder wenn sie der Berechtigte nicht innerhalb einer ausreichend bemessenen Frist abholt (95). Die Unbrauchbarmachung, Einziehung und Vernichtung sind nach § 33 IV AE dann zulässig, wenn im Falle einer Verwertung die Gründe für die Beschlagnahme weiterbestehen oder erneut eintreten würden (96).

90) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 102/103.

91) § 33 I Ziff. 1 AE.

92) § 33 I Ziff. 2 AE.

93) § 33 I Ziff. 3 AE.

94) § 33 I Ziff. 4 AE.

95) § 33 I Ziff. 5 AE.

96) Drews/Wacke/Vogel/Martens II, 101 ff.; § 23 ME.

Art. 47 III VSrR enthält lediglich die Bestimmung, dass die Verwaltung Gegenstände, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern, versteigern lassen und in dringenden Fällen freihändig verkaufen kann.

§ 14 Die Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und der
Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte

I. Begriff und Wesen

Unter Ueberwachung des Postverkehrs versteht man die Kontrolle von Postsendungen, wie z.B. Briefen, Karten, Paketen, Drucksachen usw., die der Verdächtige erhält oder abschickt, durch Anhalten, Oeffnen und Kopieren (1).

Die Ueberwachung des Telefonverkehrs besteht im Abhören und Aufzeichnen von Telefongesprächen der als Störer verdächtigen Person (2).

Die Ueberwachung des Telegrammverkehrs beinhaltet das Anhalten und die Durchsicht telegrafischer Uebermittlungen der oder an die verdächtige Person (3) (4).

Beim Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte geht es um die Verwendung von technischen Hilfsmitteln im Sinne von Art. 179bis ff. StGB (z.B. Minispionen) (5) zum Abhören und Aufnehmen nicht öffentlicher Gespräche. Optische Beobachtungs- und Aufnahmegeräte spielen praktisch eine geringe Rolle (6).

All diese Massnahmen erfolgen heimlich (7), ohne Mitteilung an den Betroffenen, und stellen schwerwiegende Eingriffe in die per-

1) FÄh, 75/76.

2) FÄh, 76.

3) FÄh, 76.

4) Diese von FÄh stammenden Definitionen mussten insofern modifiziert werden, als im Polizeirecht von Angeschuldigten nicht die Rede sein kann.

5) BB1 1976 I 548.

6) Noll, Ueberwachung, 71 f.

7) Noll, Ueberwachung, 46; FÄh, 76; Battaglia, 144; Vogt, 92; BB1 1976 I 555. Zur persönlichen Geheimsphäre vgl. § 4 I B 2 b.

sönliche Geheimsphäre dar. Die persönliche Geheimsphäre wird durch Art. 8 EMRK, das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit (8), durch Art. 36 IV BV, der die Unverletzlichkeit des Post- und Telegrafengeheimnisses und heute auch das Telefongeheimnis gewährleistet (9), und das Hausrecht (10) verfassungsrechtlich geschützt. Durch den Einbau von Abhöreinrichtungen können indirekt auch die Versammlungs- und Vereinsfreiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit tangiert sein (11).

Die rechtliche Problematik der Ueberwachungsmassnahmen ist aber nicht eigentlich durch das technische Mittel als solches gegeben; sie liegt vielmehr in der durch die Technik geschaffenen Möglichkeit, heimlich und ohne dass der Betroffene etwas davon erfährt, in dessen Privatbereich einzudringen (12). Auch andere in dieser Arbeit behandelte Massnahmen wie z.B. die Durchsuchung von Personen und Räumen stellen Eingriffe in die Privatsphäre dar. Nur unterscheiden sich diese von der Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und vom Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte für den Betroffenen dadurch, dass der Eingriff spürbar ist. Die Ueberwachungsmassnahmen müssen dagegen - notwendigerweise - heimlich erfolgen, ansonsten sie sinnlos wären (13). Der betroffene Bürger ist somit nicht in der Lage, gegen die Anordnung der Ueberwachung selbst ein Rechtsmittel einzulegen. Damit er aber nicht einfach der behördlichen Willkür ausgesetzt ist, muss ein besonderes Rechtsschutzverfahren vorgesehen werden (14). Lehre und Rechtsprechung verlangen für die Ueberwachung des Post-

8) Vgl. vorn § 4 I B 2 b.

9) BB1 1976 I 548.

10) Vgl. vorn § 4 II.

11) Schubarth, Abhörgeräte, 10.

12) Noll, Ueberwachung, 46.

13) Hans Müller, 211; Fähr, 76; EuGRZ 1979 280 Ziff. 22.

14) Vgl. dazu hinten IV C 3.

und Fernmeldeverkehrs und für den Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte eine klare gesetzliche Grundlage (15).

II. Der Zweck der Ueberwachungsmassnahmen

Die amtliche Ueberwachung dient in der Regel der Abklärung einer bereits begangenen Straftat. Sie kann aber auch präventiv angeordnet werden (16). Die präventive Ueberwachung, die ausschliesslich Gegenstand der folgenden Betrachtungen bildet, hat eine grosse Bedeutung für die Verbrechensverhütung und den Staatsschutz (17). So kann beispielsweise die Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte erforderlich sein, um geplante Terrorakte, wie z.B. Flugzeugentführungen, Geiselnahmen usw., zu verhindern (18) oder staatsgefährlicher Spionagetätigkeit vorzubeugen (19).

Bekannte Fälle von Ueberwachungsmassnahmen neueren Datums sind die Abhörraffäre um Günter Wallraff in der BRD (20) und der Einbau von Abhörgeräten in ein Versammlungslokal der "Ligue marxiste révolutionnaire" in Epalinges (VD) (21).

III. Die bestehenden Rechtsgrundlagen

Der für die Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und den Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte massgebliche Erlass ist das am 1. Oktober 1979 in Kraft getretene Bundesgesetz über den

- 15) BGE 101 IV 350 ff.; ZR 74 Nr. 78, S. 236 ff.; Noll, Ueberwachung, 48/49; Hauser, Lehrbuch, 185; BBl 1976 I 555; Vogt, 94; Romanens, 80; Schubarth, Abhörgeräte, 15.
- 16) Peter, Geheimsphäre, 307.
- 17) Art. 72 II BStP; BBl 1976 I 564 f.; Noll, Ueberwachung, 64 f. Zu den Problemen des Staatsschutzes vgl. Hans Walder, Probleme des Staatsschutzes, in: ZBJV 110 (1974) 249 ff.
- 18) Noll, Ueberwachung, 65; BBl 1976 I 560.
- 19) Noll, Ueberwachung, 65.
- 20) NZZ vom 28./29. Juli 1979, S. 3; TA vom 28. Juli 1979, S. 3.
- 21) Vgl. dazu BGE 100 Ib 13 f.; Schubarth, Abhörgeräte, 9 ff.

Schutz der persönlichen Geheimsphäre (22). Durch dieses Bundesgesetz werden die Bundesgesetze über die Strafrechtspflege (23), die Organisation der Bundesrechtspflege (24), die Militärstrafgerichtsordnung (25), den Telegraf- und Telefonverkehr (26) und den Postverkehr (27) sowie das Strafgesetzbuch (28) geändert. Das Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre regelt die Voraussetzungen der Ueberwachung, die Zuständigkeit für die Anordnung und das Rechtsschutz- bzw. Kontrollverfahren.

Zur Zeit fehlen in sämtlichen in dieser Arbeit berücksichtigten Kantonen die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die präventive Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und für den präventiven Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte. Gemäss Art. 400bis Ziff. 2 I und II StGB können sich die kantonalen Polizeidirektoren für die Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen jedoch während der ersten drei Jahre seit des Inkrafttretens des BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre direkt auf die Bestimmungen des Bundesstrafprozesses stützen (29). Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist somit für diese beschränkte Zeitdauer auf jeden Fall erfüllt.

Bestehen nach Ablauf dieser Frist in den Kantonen für die präventive Ueberwachung noch immer keine Regelungen, so ist diese Massnahme unzulässig. Die polizeiliche Generalklausel vermöchte m.E. über eine solche - hoffentlich nie eintretende - Rechtsnot

22) AS 1979 1170 ff. Vgl. dazu Markus Peter, Das neue Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, in: SJZ 75 (1979) 305 ff. mit weiteren Hinweisen.

23) SR 312.0.

24) SR 173.110.

25) SR 322.1.

26) SR 784.10.

27) SR 783.0.

28) SR 311.0.

29) Peter, Geheimsphäre, 312.

nicht hinwegzuhelfen. Leider hat das Zürcher Kassationsgericht zu dieser Frage nicht eindeutig Stellung genommen, als es zu beurteilen hatte, ob im Kanton ZH die Telefonüberwachung im Rahmen eines Strafverfahrens zulässig sei (30). In jenem Entscheid heisst es wörtlich: "Eine solche gesetzliche Grundlage kann nicht etwa ersetzt werden durch die allgemeine verwaltungsrechtliche Polizeiklausel, da diese zur Abwehr unmittelbarer Gefahren und akuter Störungen, nicht aber zur Rechtfertigung strafprozessualer Eingriffe ... angerufen werden kann" (31). Per argumentum e contrario ist daraus zu schliessen, dass die polizeiliche Generalklausel zur Rechtfertigung eines präventiven Eingriffs in Frage kommt.

Auch Noll (32) scheint die Anwendbarkeit der Generalklausel nicht völlig auszuschliessen, wenn er schreibt, dass eine präventive Abhörung durch die allgemeine Polizeiklausel nicht gedeckt sei, wenn sie vorgenommen werde, um überhaupt erst herauszufinden, ob eine Gefahr für die staatliche Sicherheit bestehe oder entstehen könne. Damit ist lediglich gesagt, dass die Generalklausel für den sog. "Gefahrenforschungseingriff" (33) keine Rechtsgrundlage bildet. Liegen hingegen tatsächliche Anhaltspunkte für eine Gefahr vor, so wäre - der Auffassung Nolls folgend - die Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen auch ohne besondere gesetzliche Grundlage unter den für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel geltenden Voraussetzungen zulässig. Aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen ist dieses Ergebnis unbefriedigend. Der behördlichen Willkür wären keine Grenzen gesetzt, da die Polizei sich nicht an die im BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre aufgestellten Kautelen halten müsste. Mangels gesetzlicher Grundlage für die Ueberwachungsmassnahmen muss die Polizei andere geeignete Mittel suchen, um eine bevorstehende Gefahr abzuwehren.

30) ZR 74 (1975) Nr. 78, S. 236 ff.

31) ZR 74 Nr. 78, S. 236/237.

32) Noll Ueberwachung, 51.

33) Vgl. dazu Hoffmann-Riem, Festschrift Wacke, 328.

IV. Die Voraussetzungen und die Durchführung der Ueberwachungs- massnahmen

A. Vorbemerkung

Der folgenden Darstellung über die Voraussetzungen und die Durchführung der Ueberwachungsmassnahmen liegt das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 23. März 1979 zugrunde. Auf eine Erläuterung sämtlicher Bestimmungen dieses Gesetzes wird jedoch verzichtet (34), da wir uns in dieser Arbeit auf den Bereich der Prävention beschränken. Die Erwägungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte betreffend das deutsche Gesetz über die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 13.8.1968 (35), in der Fassung vom 13.9.1978 (36) (Fall Klass) werden in die Betrachtungen miteinzubeziehen sein (37).

B. Die materiellen Voraussetzungen für die Ueberwachung

Art. 72 II BStP bestimmt, dass die Ueberwachung des Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehrs und der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte im Sinne von Art. 179bis ff. StGB auch zur Verhinderung einer strafbaren Handlung angeordnet werden können, wenn bestimmte Umstände auf die Vorbereitung einer Tat schliessen lassen. Für die Frage, welche Voraussetzungen im einzelnen erfüllt sein müssen, verweist Art. 72 II BStP auf die Art. 66 - 66quater BStP, die sinngemäss auch auf präventive Massnahmen anwendbar sind.

34) Vgl. FN 22.

35) BGBI 1968 I 949.

36) BGBI 1978 I 1546.

37) EuGRZ 1979 278 ff.

1. Das Erfordernis der besonderen Schwere oder Eigenart der bevorstehenden Straftat

Nach Art. 66 I lit.a BStP muss ein Verbrechen oder Vergehen bevorstehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt. Die Schwere der Tat ist dabei nach den Umständen des Falles objektiv zu beurteilen (38). Die Eigenart der Tat liegt z.B. in der organisierten Begehung. Beispiele für organisiertes Verbrechen sind Terrorakte, Rauschgifthandel, Wirtschaftskriminalität usw. Entgegen der Auffassung Nolls (39) hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, nach dem Enumerationsprinzip einen Katalog der "überwachungswürdigen" Delikte aufzustellen. Durch die sehr einschränkende Formulierung der Generalklausel in Art. 66 I lit.a BStP ist das Verhältnismässigkeitsprinzip aber genügend gewahrt (40) und die Wesensgehaltsgarantie der persönlichen Freiheit nicht verletzt, was bei einer zu weit gefassten Ermächtigung der Fall gewesen wäre (41). Die in der BStP getroffene Lösung hat den Vorteil, die konkreten Umstände des Einzelfalles besser berücksichtigen und eine unsachliche Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Behörden vermeiden zu können (42). Ausnahmsweise ist die Ueberwachung auch bei Uebertretungen möglich, wenn die strafbare Handlung mit dem Telefon begangen wird (43). In präventiv-polizeilicher Hinsicht erlangt dieser Fall wohl kaum je praktische Bedeutung.

38) BB1 1976 I 577.

39) Noll, Ueberwachung, 66 f.

40) BB1 1976 I 569.

41) Noll, Ueberwachung, 60.

42) BB1 1976 I 569.

43) BB1 1976 I 572; Peter, Geheimsphäre, 307.

2. Das Erfordernis des hinreichenden Verdachts

Ein präventivpolizeilicher Eingriff, der eine besondere Gefahr für die Freiheitsrechte darstellt (44), ist ferner nur zulässig, wenn gemäss Art. 72 II BStP bestimmte Umstände vorliegen, die auf die Vorbereitung einer Straftat schliessen lassen, und wenn nach Art. 66 I lit.b BStP bestimmte Tatsachen die zu überwachende Person als Täter oder Teilnehmer verdächtig machen. Eine Ueberwachung, um überhaupt erst herauszufinden, ob eine Gefahr für die staatliche Sicherheit besteht oder entstehen kann, kommt auf keinen Fall in Frage (45).

3. Die Subsidiarität der Ueberwachungsmassnahmen

Die amtliche Ueberwachung soll nach Art. 66 I lit.c BStP nur angeordnet werden dürfen, wenn andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder wenn von vornherein anzunehmen ist, dass die notwendigen Ermittlungen ohne die Ueberwachung wesentlich erschwert würden (46). Die Ueberwachung als Massnahme der Gefahrenabwehr kommt mit anderen Worten nur dann in Betracht, wenn andere Mittel erschöpft oder voraussichtlich erfolglos sind und sich die Ueberwachung als aussichtsreichste Massnahme erweist. Die Ueberwachung muss also stets geeignet sein, den Zweck der Gefahrenabwehr zu erreichen (47).

4. Der betroffene Personenkreis

Sind die Voraussetzungen der Art. 72 II und 66 I BStP erfüllt, so können gemäss Art. 66 Ibis BStP auch Drittpersonen überwacht

44) Noll, Ueberwachung, 63 f., insbesondere FN 18.

45) Noll, Ueberwachung, 51, 64; BB1 1976 I 558, 565; Peter, Geheimsphäre, 307; StenBull NR 1977 I 470.

46) BB1 1976 I 572; BB1 1976 II 1571; Peter, Geheimsphäre, 307.

47) BB1 1976 I 572; Noll, Ueberwachung, 67.

werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass sie für den Verdächtigen bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weiterleiten (48). Wie schon Hans Huber bereits festgestellt hat, verletzt die Zensur gegenüber Dritten die Wesensgehaltsgarantie der persönlichen Freiheit nicht, wenn sie dazu dient, ein geplantes Verbrechen zu verhindern (49). Aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen ist auch nichts gegen die Ueberwachung des Telefonanschlusses von Dritten einzuwenden, wenn der Verdacht begründet ist, dass die zu überwachen- de Person (50) ihn benützt (51). Selbst die Ueberwachung von Personen, die gemäss Art. 77 BStP ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, ist gestattet, wenn die Betreffenden den Verdächtigen begünstigen, indem sie ihm z.B. Obdach gewähren (52).

C. Das Verfahren

1. Die Zuständigkeit für die Anordnung

Bei Sachen, die der Bundesstraferichtbarkeit unterliegen, ist zur Prävention gemäss Art. 72 I BStP ausschliesslich der Bundesanwalt zuständig, die Ueberwachung des PTT-Verkehrs anzuordnen und technische Ueberwachungsgeräte im Sinne von Art. 179bis ff. StGB einzusetzen (53). In kantonalen Angelegenheiten ist es nach Art. 400bis Ziff. 2 II StGB, Art. 6 IIbis PVG und Art. 7 II TVG der Polizeidirektor, d.h. der Vorsteher des der Polizei administrativ übergeordneten Departementes der Kantonsregierung (54).

- 48) Vgl. die praktisch identische Regelung in der BRD, dargestellt in BB1 1976 I 553.
- 49) Hans Huber, Geheimnis, 169; BB1 1976 I 572; ebenso anscheinend Noll, Ueberwachung, 69.
- 50) Der Begriff des Beschuldigten kann im Polizeirecht nicht verwendet werden.
- 51) Noll, Ueberwachung, 69; BB1 1976 I 572.
- 52) BB1 1976 I 572; Peter, Geheimsphäre, 307.
- 53) Peter, Geheimsphäre, 307.
- 54) Peter, Geheimsphäre, 308.

2. Die Rechtshilfe durch die Bundesbehörden bei der Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Art. 6 III und IIIbis PVG und Art. 7 II und III TVG verpflichten die PTT-Betriebe auf schriftliches Gesuch des Bundesanwaltes oder des zuständigen Polizeidirektors hin, Postsendungen und dienstliche Aufzeichnungen über den Telefon- und Telegrafenvorkehr auszuliefern und über den Post-, Telefon- und Telegrafenvorkehr einer Person Auskunft zu erteilen, wenn dies zur Verhinderung einer Straftat erforderlich ist. Eine Ueberprüfung der Gesuche durch die PTT-Betriebe auf ihre sachliche Richtigkeit hin findet nach wie vor nicht statt (55). Bei den von den PTT-Behörden geleisteten Diensten im Rahmen der Ueberwachung des PTT-Verkehrs handelt es sich um einen Akt der Rechts- bzw. Amtshilfe einer Verwaltungsbehörde des Bundes an eine andere Bundesbehörde oder an einen Kanton (56).

3. Die richterliche Kontrolle der Ueberwachungsmassnahmen

a) Die besondere Problematik des Rechtsschutzes bei Ueberwachungsmassnahmen

Da der Eingriff der Ueberwachung ohne Wissen des Betroffenen vorgenommen wird, besteht für ihn keine Möglichkeit, gegen die Anordnung der Ueberwachung ein Rechtsmittel zu ergreifen und diese zu verhindern oder aufzuheben. Um dennoch einen wirksamen Schutz des Bürgers vor willkürlichen Ueberwachungsmassnahmen zu garantieren, ist ein Verfahren vorgesehen, in dem die staatliche Ueberwachungstätigkeit möglichst früh der Kontrolle einer unabhängigen Instanz unterworfen wird (57). Während die Notwendigkeit

55) BBl. 1976 I 531; a.M. Hans Huber, Geheimnis, 168.

56) BGE 101 IV 351; 79 IV 180 ff., insbesondere 182 f.

57) Noll, Ueberwachung, 69 f.; BBl 1976 I 559.

eines wirksamen Rechtsschutzes unbestritten ist, besteht über die Frage, ob die Behörden zu einer nachträglichen Mitteilung an den Betroffenen verpflichtet werden sollen, Uneinigkeit (58). Zu dieser Frage hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall Klass Stellung genommen (59). Nach Auffassung des Gerichtshofes verletzt das deutsche Gesetz über die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, das in der damals vom Gerichtshof überprüften Fassung keine Pflicht zur nachträglichen Mitteilung kannte, die Konvention nicht (60). Auf diesen Entscheid wird weiter hinten nochmals zurückzukommen sein (61). Zunächst soll aber das in der BStP geregelte Rechtsschutzverfahren dargestellt werden.

b) Die richterliche Kontrolle

aa) Die Genehmigung der Anordnung durch den Richter

Die Anordnung der Ueberwachung durch den Bundesanwalt oder den zuständigen Polizeidirektor bedarf gemäss Art. 66bis I BStP der richterlichen Genehmigung. Der Gesetzgeber hat zu Recht darauf verzichtet, ausschliesslich den Richter für die Anordnung zuständig zu erklären (62). Denn in vielen Fällen müssen die Ueberwachungsmassnahmen von der Polizei sofort eingeleitet werden können. Aus diesem Grund kann man nicht verlangen, dass vor der

58) Für eine Mitteilung, wenn sie ohne Gefährdung des Zwecks der Ueberwachung erfolgen kann BVerfGE 30 1 ff.; Noll, Ueberwachung, 70; Kommission des Grossen Rates des Kantons AG für die Revision der Aargauer Strafprozessordnung, (Peter, Geheimsphäre, 312 FN 60). Eine nachträgliche Mitteilung in jedem Fall sieht § 21quinquies LG StPO vor (Peter, Geheimsphäre, 312 FN 60). Das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre auferlegt den Behörden in keinem Fall die Pflicht zur nachträglichen Mitteilung. Vgl. dazu BB1 1976 I 567; Tschumper, 87; Peter, Geheimsphäre, 312.

59) EuGRZ 1979 278 ff.

60) EuGRZ 1979 286 Ziff. 58.

61) Vgl. hinten E 2.

62) A.M. Noll, Ueberwachung, 69 f.

Anordnung die Bewilligung des Richters einzuholen ist, weil die dadurch möglicherweise eintretende Verzögerung nicht verantwortbar wäre (63). Um allfällige rechtswidrige Eingriffe möglichst rasch aufzuheben, muss die zuständige Behörde innerhalb von vierundzwanzig Stunden um die richterliche Genehmigung nachsuchen (64).

bb) Zuständigkeit

Der Bundesanwalt hat gemäss Art. 66bis I BStP beim Präsidenten der Anklagekammer des Bundesgerichtes und der jeweils zuständige Polizeidirektor gemäss Art. 400bis Ziff. 2 III StGB beim Präsidenten der kantonalen Anklagekammer oder, wenn keine besondere Anklagekammer besteht, beim Präsidenten des Obergerichtes die Genehmigung einzuholen.

cc) Die beschränkte Kognition des Richters

Die Kontrolle des Richters ist lediglich eine Rechtskontrolle. Der Richter prüft gemäss Art. 66ter I BStP nur, ob die Verfügung des Bundesanwaltes oder Polizeidirektors Bundesrecht verletzt oder ob eine Ueberschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens vorliegt (65). Die Verantwortung für den Entscheid im Rahmen des rechtlich Zulässigen verbleibt beim Bundesanwalt oder dem zuständigen Polizeidirektor.

Die Zweckmässigkeitskontrolle der Ueberwachungstätigkeit übt auf Bundesebene das Parlament aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des Geschäftsverkehrsgesetzes (66) aus. Dabei geht es jedoch nicht

63) BB1 1976 I 568.

64) BB1 1976 I 568.

65) BB1 1976 I 568.

66) BB1 1976 I 569; Peter, Geheimsphäre, 312.

um den einzelnen Fall. Solange die Kantone keine Sonderregelung treffen, können auch die kantonalen Parlamente keine über die verfassungsrechtliche Oberaufsicht über die Verwaltung hinausgehende Kontrolltätigkeit wahrnehmen.

c) Das Verfahren

Das Verfahren gegenüber dem Betroffenen ist geheim (67). Der Richter begründet seinen Entscheid summarisch und eröffnet ihn dem Bundesanwalt oder Polizeidirektor innert fünf Tagen seit Beginn der Ueberwachung und im Falle der Verlängerung vor deren Beginn (68). Hat der Richter mangels ausreichender Unterlagen Zweifel, so kann er gemäss Art. 66ter II BStP die Ueberwachung vorläufig bewilligen und die anordnende Behörde verpflichten, die Massnahme innert bestimmter Frist durch Ergänzung der Akten oder in mündlicher Verhandlung zusätzlich zu begründen (69).

D. Dauer und Aufhebung der Ueberwachungsmassnahmen

Nach Art. 66bis III und 66quater II BStP ist die Ueberwachung einzustellen, wenn sie nicht mehr notwendig ist, die Frist abgelaufen ist oder der Richter sie aufhebt. Eine richterlich genehmigte Ueberwachung bleibt höchstens sechs Monate in kraft. Die zuständige Behörde kann sie jeweils um weitere sechs Monate verlängern. Die Verlängerungsverfügung ist dem Richter mit Akten und Begründung zehn Tage vor Ablauf der Frist zur Genehmigung einzureichen. Bei der Einstellung der Ueberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs wird dem Richter der Vollzug zu Kontrollzwecken von den PTT-Behörden mitgeteilt (70). Aufzeichnungen aus dem

67) BStP 66quater I.

68) BStP 66quater I; BB1 1976 I 573; Peter, Geheimsphäre, 310.

69) BB1 1976 I 573.

70) TVG 7 III; PVG 6 IIIter.

Ueberwachungsverfahren, die nicht mehr benötigt werden, sind gemäss Art. 66 Iter BStP unter Verschluss zu halten und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten.

E. Das Problem der nachträglichen Mitteilung

1. Die Lösung im BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre

Die im BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre getroffene Regelung der präventiven Ueberwachung, welche für den Bund und vorläufig für sämtliche Kantone gilt, sieht keine Pflicht zur nachträglichen Mitteilung der Ueberwachung an den Betroffenen vor. Mündet die polizeiliche Ueberwachung nicht in eine Strafuntersuchung aus, in welcher der Betroffene als Beschuldigter Einsicht in die Akten erhält, in denen die Anordnung der Ueberwachung vermerkt sein muss (71), so erfährt der überwachte Bürger nie von der Verletzung seiner Geheimsphäre. Jene Personen, gegen welche die Polizei aufgrund der Ueberwachung nichts in den Händen hat, sind also am schlechtesten gestellt (72). Um Missbräuchen vorzubeugen und dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, selbst den Rechtsweg zu beschreiten, verlangt Noll (73), dass die Behörden zu einer nachträglichen Mitteilung verpflichtet werden sollen, wenn der Verdacht endgültig weggefallen ist.

Dem wird entgegengehalten, dass sich dadurch nur ein verspäteter Rechtsschutz erwirken lasse. Vor allem aber würden dadurch die Anliegen der Strafverfolgung und des Staatsschutzes ungebührlich gefährdet. Müsste die Mitteilung nämlich sofort nach der Einstellung des Verfahrens erfolgen, so würden all jene Verdächtige gewarnt, denen man im Augenblick nichts nachweisen könne, die aber

71) Noll, Ueberwachung, 70; BB1 1976 I 557.

72) BB1 1976 I 557.

73) Noll, Ueberwachung, 70.

später wieder verfolgt werden sollen. Dürfe hingegen die Behörde mit der Mitteilung nach Belieben zuwarten, bis sich jedes Verdachtsmoment erschöpft habe, so würde der Betroffene oft nie oder so spät davon erfahren, dass ihm nicht mehr zugemutet werden könne, längst Vergangenes und Vergessenes wieder aufzugreifen und vor Gericht zu bringen (74). Zu dieser Frage nahm vor kurzem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall Klass Stellung (75). Von diesem Urteil soll im folgenden die Rede sein.

2. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall Klass

In diesem Fall entschied der EGMR, dass die deutsche Regelung der Ueberwachung des Post-, Brief- und Fernmeldeverkehrs nicht gegen die Konvention verstosse (76). Die deutschen Beschwerdeführer rügten hauptsächlich, dass der Betroffene nicht in jedem Fall nach Aufhebung der Ueberwachungsmassnahmen unterrichtet werde und deshalb nicht imstande sei, ein wirksames Rechtsmittel bei Gericht einzulegen (77). Bevor der Gerichtshof auf die Frage der nachträglichen Rechtskontrolle eintrat, prüfte er, ob der Zweck der Ueberwachungsmassnahmen, die gesetzliche Umschreibung der Eingriffsvoraussetzungen sowie die Rechtskontrolle vor und während der Ueberwachung den Geboten der EMRK entsprächen, und stellte fest, dass dies der Fall sei. Diese Schlussfolgerung trifft auch für das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre zu.

Zum Erfordernis der nachträglichen Mitteilung führte der Gerichtshof aus, es könne nicht mit Art. 8 II EMRK unvereinbar sein, dass der Betroffene nach der Beendigung der Ueberwachung nicht unterrichtet werde, da es gerade dieser Umstand sei, welcher die Wirk-

74) BB1 1976 I 567; ebenso Tschumper, 87; Peter, Geheimsphäre, 312.

75) EuGRZ 1979 278 ff.

76) EuGRZ 1979 287 Ziff. 60 (Art. 8 EMRK), 288 Ziff. 72 (Art. 13 EMRK), 289 Ziff. 75 (Art. 6 EMRK).

77) EuGRZ 1979 286 Ziff. 57.

samkeit des Eingriffs sicherstelle (78). Unmittelbar an diese Feststellung folgt jedoch der Satz, dass zudem daran erinnert werden müsse, dass in der BRD seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 15. Dezember 1970 (79) der Betroffene nach Beendigung der Ueberwachung unterrichtet werden müsse, sobald dies ohne Gefährdung des Zweckes der Beschränkung erfolgen könne (80). Es stellt sich deshalb die Frage, ob dieser Hinweis auf das deutsche Recht die Schlussfolgerung, dass keine Konventionsverletzung vorliege, für das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre nicht zulasse.

M.E. darf man diesen Hinweis nicht so interpretieren. Der Gerichtshof wollte mit seinen Ausführungen lediglich zum Ausdruck bringen, dass ein Gesetz, das die nachträgliche Mitteilung nicht vorsieht, nicht konventionswidrig sei und dass dies a fortiori für eine Regelung zutreffe, die, wie die deutsche, die Pflicht zur nachträglichen Mitteilung für jene Fälle statuiere, in denen diese Information ohne Gefährdung des Zwecks der Beschränkung erfolgen könne. Die Richtigkeit dieser Auslegung bestätigen die Erwägungen des Gerichtshofes zur behaupteten Verletzung von Art. 13 EMRK.

Art. 13 EMRK verlangt, dass jedem, der eine Verletzung seiner durch die Konvention geschützten Rechte und Freiheiten behauptet, vor einer nationalen Instanz eine wirksame Beschwerdemöglichkeit haben muss (81). Der Gerichtshof führte dazu wörtlich aus:

78) EuGRZ 1979 286 Ziff. 58.

79) BVerfGE 30 1 ff.

80) EuGRZ 286 Ziff. 58. Zur Zeit der Urteilsfällung war das deutsche Gesetz über die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses noch nicht revidiert. Das Urteil erging am 6.9.1978. Die Gesetzesnovelle datiert vom 13.9.1978.

81) EuGRZ 1979 287 Ziff. 64.

"Die geheime Ueberwachung und ihre Folgen sind Fakten, die der Gerichtshof, wenngleich zu seinem Bedauern, in einer demokratischen Gesellschaft unter den derzeitigen Verhältnissen für die nationale Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen für notwendig erklärt hat (...). Die Konvention muss in ihrer Gesamtheit gelesen werden, und jede Auslegung von Art. 13 muss daher, wie die Kommission es in ihrem Bericht aufgezeigt hat, mit der inneren Logik der Konvention übereinstimmen. Der Gerichtshof kann Art. 13 EMRK nicht in einer Weise auslegen oder anwenden, die praktisch einer Aufhebung seiner Entscheidung gleichkäme, wonach das Fehlen einer Bekanntgabe an die Betroffenen mit Art. 8 vereinbar ist (Hervorhebung vom Verf.), um die Wirksamkeit der Ueberwachungsmassnahmen zu gewährleisten (...). Der Gerichtshof entscheidet daher in Uebereinstimmung mit seiner Entscheidung zu Art. 8, dass das Fehlen einer Bekanntgabe unter den Umständen des Falles keine Verletzung von Art. 13 bedeutet" (82).

Daraus folgt, dass nach Auffassung des Gerichtshofes aus Art. 13 EMRK kein Recht auf Bekanntgabe der Ueberwachungsmassnahmen hergeleitet werden kann. Wenn also in der BRD dem Betroffenen verschiedene Beschwerdewege offenstehen, weil dort in beschränktem Ausmass eine Pflicht der Behörden zur nachträglichen Information statuiert ist (83), so entspricht diese rechtsstaatliche Garantie nicht einem Gebot der EMRK, sondern des Grundgesetzes der BRD.

Nun stellt sich aber noch die Frage, was im Rahmen einer notwendigerweise geheimen Ueberwachung überhaupt noch unter einer wirksamen Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK verstanden werden kann.

82) EuGRZ 1979 288 Ziff. 68.

83) EuGRZ 1979 288 Ziff. 71.

In der BRD stehen demjenigen, der sich überwacht glaubt, zwei Rechtsbehelfe offen: er kann die parlamentarische Kontrollkommission und das Bundesverfassungsgericht anrufen. Der EGMR betrachtet diese Beschwerdemöglichkeiten nur als sehr begrenzt wirksam, weil sie nur in Ausnahmefällen anwendbar seien. Unter den Umständen des vorliegenden Falles seien jedoch kaum wirksamere Rechtsbehelfe denkbar (84).

Aufgrund dieser Erwägungen läuft m.E. das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, das demjenigen, der sich überwacht glaubt, keine Rechtswege eröffnet, kaum Gefahr, deswegen von den europäischen Instanzen für konventionswidrig erklärt zu werden (85). Die in der Schweiz vorgesehene Kontrolle der Anordnung einer Ueberwachung, die im Gegensatz zur deutschen eine richterliche ist (86), stellt eine ausreichende rechtsstaatliche Garantie dar, um den Bürger vor missbräuchlichen Eingriffen in die persönliche Geheimsphäre zu schützen. Gegen die Behauptung der Verletzung von Art. 6 EMRK hat der Gerichtshof die gleichen Gründe wie bei Art. 13 angeführt.

84) EuGRZ 1979 288 Ziff. 70.

85) Diese Auffassung scheint auch Peter, Geheimsphäre, 306, zu teilen.

86) Vgl. EuGRZ 1979 280 Ziff. 22 und die persönliche Meinung von Richter J. Pinheiro Farinha in EuGRZ 1979 289 Ziff. 2.

Curriculum vitae

Ich wurde am 29. März 1955 in Winterthur geboren. In Embrach (Kanton ZH) besuchte ich die Primarschule und trat anschliessend in das Kantonale Gymnasium Winterthur ein. Nach bestandener Matura (Typ B) immatrikulierte ich mich 1973 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Herbst 1976 erfolgte die Beförderung zum Leutnant der Fliegertruppen. Am 22. November 1978 promovierte ich zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft. Im Frühjahr 1979 begann ich meine Dissertation zu schreiben. Am 3. Dezember 1980 legte ich die letzte mündliche Doktorprüfung ab.

